

Nº 26  
Segundo trimestre 2021

# Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO DE  
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Gabilex  
Nº 26  
Junio 2021  
<http://gabilex.castillalamancha.es>



**Castilla-La Mancha**

---

## **Número 26. Junio 2021**

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo  
Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA**

**Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO**

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

[revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

## DIRECCIÓN

### **D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Belén López Donaire**

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **D. Roberto Mayor Gómez**

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

### **D. Jaime Pintos Santiago**

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.  
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.  
Funcionario de carrera en excedencia.

### **D. Leopoldo J. Gómez Zamora**

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.



Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

## COMITÉ CIENTÍFICO

### **D. Salvador Jiménez Ibáñez**

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

### **D. José Antonio Moreno Molina**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

### **D. Isaac Martín Delgado**

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

## CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

### **D. José Ramón Chaves García**

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

### **D<sup>a</sup> Concepción Campos Acuña**



Directivo Público Profesional.  
Secretaría de Gobierno Local del Excmo.  
Ayuntamiento de Vigo.

**D. Jordi Gimeno Bevia**

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.  
Facultad de Derecho de la UNED.

**D. Jorge Fondevila Antolín**

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y  
Justicia. Gobierno de Cantabria.  
Cuerpo de Letrados.

**D. David Larios Risco**

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La  
Mancha.

**D. José Joaquín Jiménez Vacas**

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior  
de Administración General de la Comunidad de Madrid

**D. Javier Mendoza Jiménez**

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de  
la Universidad de La Laguna.





## SUMARIO

### EDITORIAL

El Consejo de Redacción ..... 11

## **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

### **SECCIÓN NACIONAL**

LA TRIBUTACIÓN LOCAL ANTE EL RETO DE LA ECONOMÍA DIGITAL

D. Jesús María Royo Crespo ..... 15

LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE EXTREMADURA Y PROPUESTAS DE MEJORA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO. REFLEXIONES EN EL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA INSTITUCIÓN.

José Manuel Rodríguez Muñoz.....49

OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: PARÁMETROS OBJETIVOS, ONEROSIDAD Y CONVENIO LABORAL.

Ignacio López González .....93

EL COMPLEJO MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LAS ESTRATEGIAS ADMINISTRATIVAS DE SMART MOBILITY

José Alberto España Pérez .....147



EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO COMO LLAVE PARA  
LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL  
Gabriel Caro Herrero ..... 217

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR  
JAIME PINTOS SANTIAGO**

UNA VISION DEL PUBLIC COMPLIANCE EN ARGENTINA,  
TRATANDO DE SEGUIR EL MODELO ESPAÑOL  
Luis Ceserani.....299

**BASES DE PUBLICACIÓN..... 341**



## EDITORIAL

En el número 26 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales que se suman a dos trabajos de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. JESÚS María Royo Crespo con el artículo que lleva por título "La tributación local ante el reto de la economía digital" El autor aborda con maestría como Las entidades locales se enfrentan de nuevo a un momento crucial en lo que se refiere a su financiación. Se hace imprescindible que las "administraciones superiores" integren en la nueva economía a la administración local.

A continuación, D. José Manuel Rodríguez Muñoz analiza en un interesante y profuso trabajo "La posición institucional del Consejo Económico y Social de Extremadura y propuestas de mejora de su Régimen Jurídico. Reflexiones en el trigésimo aniversario de la Institución".

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Ignacio López González que aborda las ofertas anormalmente bajas: parámetros objetivos, onerosidad y convenio laboral.



D. José Alberto España Pérez en su artículo “La difícil protección de los datos en las estrategias administrativas de Smart mobility” analiza con brillantez como la denominada movilidad inteligente (smart mobility por su término en inglés) está llamada a revolucionar los desplazamientos por la ciudad y, por ende, a la Administración Pública. Esta nueva forma de ver y entender los movimientos urbanos apuesta por una movilidad más respetuosa con el medioambiente y la calidad de vida de los ciudadanos, utilizando las numerosas ventajas que ofrece la inteligencia artificial.

D. Gabriel Caro Herrero analiza pormenorizadamente el tratamiento penitenciario como llave para la reeducación y reinserción social.

Por último, la sección internacional se cierra con un trabajo de D. Luis Ceserani que hace una reflexión sobre “Una visión del public compliance en Argentina, tratando de seguir el modelo español”. Un interesante artículo que hará las delicias de los lectores.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN NACIONAL**

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**



## LA TRIBUTACIÓN LOCAL ANTE EL RETO DE LA ECONOMÍA DIGITAL

### **D. Jesús María Royo Crespo**

Presidente de la Junta de Reclamaciones Económico-  
Administrativas de Zaragoza

Presidente de la Asociación de Letrados de Entidades  
Locales de España

**Resumen:** Las entidades locales se enfrentan de nuevo a un momento crucial en lo que se refiere a su financiación. Se hace imprescindible que las "administraciones superiores" integren en la nueva economía a la administración local.

Aparecen conceptos como inteligencia artificial o servicios digitales que están transformando el sistema económico y afectando al sistema tributario que tradicionalmente ha venido siendo aplicado por los Estados.

El subsistema tributario local debe ser tenido en cuenta y efectuar las modificaciones legislativas precisas para



que el principio de suficiencia financiera reconocido en la Constitución de 1978 tenga plena virtualidad y las corporaciones locales se vean de este modo reconocidas en el plano de la capacidad económica.

Los retos de la economía digital son de gran calado y afectan directamente a la estructura económico-financiera de las administraciones públicas y por ello deben ser afrontados con celeridad, teniendo las entidades locales el deber de encontrar y reclamar su espacio en la búsqueda de soluciones.

**Abstract:** Local authorities are once again facing a crucial moment when it comes to their financing. It is essential that the "higher administrations" integrate the local administration into the new economy.

Concepts such as artificial intelligence or digital services appear that are transforming the economic system and affecting the tax system that has traditionally been applied by the States.

The local tax subsystem must be taken into account and make the necessary legislative modifications so that the principle of financial sufficiency recognized in the 1978 Constitution has full potential and that local corporations are thus recognized in terms of economic capacity.

The challenges of the digital economy are far-reaching and directly affect the economic-financial structure of public administrations and therefore must be addressed quickly, with local entities having the duty to find and claim their space in the search for solutions.



**Palabras clave:** Financiación local, tributos, servicios digitales, inteligencia artificial.

**Keywords:** Local financing, taxes, digital services, artificial intelligence.

**Sumario:** 1. Introducción 2. Una mirada a la situación actual 3. A la búsqueda de soluciones 4. La respuesta de España 5. Las entidades locales en la economía digital, entre la omisión y el abandono 6. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

No hay duda que los nuevos servicios digitales están transformando las costumbres sociales y económicas de forma absoluta. Lo que hasta hace unos pocos años nos parecía ciencia ficción se vuelve realidad y, lo que es más importante, este cambio tiene una progresión geométrica.

Sin duda la tecnología y otros conceptos que ahora empezamos a utilizar con frecuencia como la inteligencia artificial van a suponer modificaciones en nuestros hábitos que no llegamos a comprender ni a asimilar en su totalidad.

Prácticamente todos los órdenes de la vida han sido sacudidos con la fuerza de tsunami tras la llegada de las tecnologías de la información y de la comunicación. Y resulta importante conocer el alcance, los peligros y los



desajustes que esta nueva situación puede llegar a provocar.

Uno de esos ámbitos es el de la economía, o si queremos acuñar el término que utiliza la doctrina, el de "*economía digital*<sup>1</sup>". Sin duda, las nuevas formas de negocio han supuesto una oportunidad en la apertura de mercados y por tanto, de generar valor y riqueza. Entre estas actividades se pueden situar los servicios en línea, las plataformas digitales o el comercio electrónico entre otros.

En este túnel del viento que es la economía digital deben participar las administraciones públicas salvaguardando las tradicionales funciones que vienen desarrollando en la "economía clásica", como son apoyar, complementar o incluso sustituir al mercado cuando este se vuelve ineficaz o incapaz; o lograr una prestación suficiente de bienes y servicios para que las personas consigan satisfacer sus necesidades.

Pero también tiene entre sus objetivos contribuir a una distribución equitativa de la renta y de la riqueza. Es precisamente, este último aspecto en el que puede incidir de forma más directa la economía digital y de

---

1 El término "Economía Digital" fue acuñado por Don Tapscott, en su obra de 1995 "The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence", que fue reeditado en 2014. Posteriormente, Nicholas Negroponte, fundador del Media Lab en el Massachusetts Institute of Technology (MIT), describió la economía digital como la transformación de las actividades económicas en las que el activo sobre el que se realizan las transacciones son los bits en lugar de los átomos. Esto es, la mercancía que se intercambia es información en lugar de materia física.



forma concreta en la política fiscal en lo que se refiere al impacto en los tributos e impuestos.

La transformación económica en la que estamos inmersos nos pone sobre aviso que el sistema tributario debe ser revisado en profundidad pues existe el riesgo de no adaptarse a esta realidad social y económica pudiendo provocar una merma significativa de los ingresos por los rendimientos, actividades y valor generados desde esta nueva economía.

La ventaja que llevan las grandes compañías multinacionales, que aprovechan las lagunas y la ausencia de regulación sobre los servicios digitales, está provocando dejar de recaudar una importante cantidad de ingresos que debieran financiar servicios públicos.

## **2. UNA MIRADA A LA SITUACIÓN ACTUAL**

Debemos fijar la mirada en identificar cuáles son los inconvenientes con los que se encuentra la fiscalidad actual dentro del océano de la economía digital.

De una parte, los bienes y servicios intangibles originados por el uso de las tecnologías de la información (TIC) han supuesto que dichas prestaciones pueden estar a disposición de los consumidores en cualquier lugar del mundo, a cualquier hora. Con lo que quiebra uno de los principales paradigmas en los que se apoya una parte importante de nuestro sistema tributario cual es el de la presencialidad de las empresas.

En este sentido merece la pena destacar el comentario que P. ARRAOU puso de manifiesto en 2018 llamando la atención sobre la nueva economía cuando decía que *"el primer vendedor de libros del mundo (Amazon) no tiene*



*una sola librería; el primer arrendador de habitaciones (AIRBNB) no tiene un solo hotel; el primer vendedor de servicios de taxi (UBER) no tiene un solo coche<sup>2</sup>."*

De otra parte, resulta también interesante destacar el elemento del dato. Este concepto se sitúa también en el epicentro del huracán digital por la importancia que este elemento tiene como valor de la economía actual. Concretamente, la doctrina especializada<sup>3</sup> se centra en la explotación del dato, como verdadero elemento esencial en la generación de valor. No se trata tanto del dato en su valor bruto sino en su transformación y mutación en valiosa información que las grandes multinacionales lo utilizan para conocer a su cliente y de este modo ofrecerle los servicios que más se adecuen al perfil mostrado por los datos obtenidos.

Como señala BAHÍA ALMANSA, el problema de la gestión de datos en el entorno digital es una derivada del problema del nexo. La conexión de los ingresos de las empresas que desarrollan este tipo de actividades de gestión de datos se produce tanto respecto de las múltiples jurisdicciones de origen de los datos como de las de destino (empresas digitales y no digitales) también diversas y no coincidentes con las primeras, de ahí la complejidad fiscal del fenómeno a la hora de determinar el reparto de la potestad tributaria entre tales jurisdicciones<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> P. ARRAOU, *Los economistas y la economía digital*, Consejo General de Economistas, 2018, p. 18

<sup>3</sup> J. HINOJOSA TORRALVO; I. CRUZ PARDIAL; G. SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, entre otros.

<sup>4</sup>B. BAHÍA ALMANSA, *El denominado impuesto sobre servicios digitales ¿constituye una opción eficaz y válida para gravar la*



Por citar algunos datos reveladores de la ingente cantidad de personas que utilizan los servicios de las grandes multinacionales que prestan servicios digitales, podemos destacar que el porcentaje de internautas que usaron Google como buscador principal en países seleccionados en 2019 fue del 96% en España o del 94,61% en Alemania<sup>5</sup> o, como indica la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, el 42% de los europeos son usuarios de Facebook<sup>6</sup>.

Lo que nadie pone en duda es el aprovechamiento de la información que los usuarios facilitamos, voluntaria o involuntariamente, por la red. Y del mercado que se genera con esos datos puesto que el volumen de transacciones y operaciones se puede contar por millones. Si es que realmente puede llegarse a controlar el número total.

La situación actual, mostrada con trazo grueso en los párrafos anteriores, repercute de forma directa en los sistemas tributarios de todos los países. Por esta razón desde hace unos pocos años los gobiernos de muchos Estados están buscando soluciones que minimicen las pérdidas de ingresos producidas por la dificultad de encontrar una respuesta global y armónica a los desafíos planteados por la economía digital.

---

*riqueza generada en la nueva economía digital?*, en *Tributos, Servicios digitales y Robótica*, Edit. Aranzadi, 2020, p. 86.

<sup>5</sup><https://es.statista.com/estadisticas/634583/google-cuota-de-mercado-en-paises-seleccionados-del-motor-de-busqueda/>, día/mes/año consulta (6 de marzo de 2021).

<sup>6</sup>Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Es el momento de instaurar un marco fiscal moderno, justo y eficaz para la economía digital*, Bruselas 21/3/2018 COM 146 final, p. 2.



Como venimos diciendo, la obtención de ingresos sobre la referencia de un lugar físico en donde se genera se ve quebrada ante la nueva realidad económica; es como si la *nao* tributaria hubiera perdido el *compás* que le proporciona la referencia y la dirección en el modo de actuar en las relaciones jurídico-tributarias.

### 3. A LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES

Aun en la deriva en la que pudiera encontrarse el barco, es destacable el esfuerzo que se ha efectuado desde distintas instancias internacionales por enderezar el rumbo ante las tempestades que se suceden en el extenso mar digital.

Las propuestas planteadas podemos clasificarlas en medidas multilaterales y unilaterales. Dentro de las primeras caben destacar las propuestas realizadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) o la Unión Europea (UE).

La OCDE publicó en el año 2013 el "Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios", conocido por sus siglas en inglés BEPS y en el que se estudiaron los problemas fiscales originados por el nuevo tipo de economía que estaba llegando.

En el año 2018, se trabajó un nuevo documento denominado "Desafíos fiscales derivados de la digitalización: Informe fiscal" y un año después se editaron los trabajos conocidos como *Policy Note* y la "Propuesta del Secretariado para un Enfoque Unificado bajo el primer pilar".

Estas iniciativas están orientadas a la creación de una norma internacional que reconozca la innecesariedad de la ubicación física en la jurisdicción del mercado y que se



reoriente a la generación del valor obtenido con los servicios digitales.

Por su parte, la UE también ha actuado con diferentes iniciativas y documentos que tienen la misma filosofía que las propuestas por la OCDE:

- ✓ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO Es el momento de instaurar un marco fiscal moderno, justo y eficaz para la economía digital COM/2018/0146 final<sup>7</sup>.
- ✓ Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa COM/2018/0147 final - 2018/072 (CNS)<sup>8</sup>.
- ✓ Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales COM/2018/0148 final - 2018/073 (CNS)<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0146>, día/mes/año consulta (6 de marzo de 2021).

<sup>8</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0147> (6 de marzo de 2021)

<sup>9</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0148> (6 de marzo de 2021)



- ✓ Comunicación de la Comisión "Configurar el futuro digital de Europa"<sup>10</sup>.

A pesar de los esfuerzos, las distintas posiciones mantenidas por los Estados miembros de la UE no han permitido llegar a un consenso sobre la legislación que debe ser aprobada y aplicada en todo el territorio comunitario; provocando la adopción de soluciones unilaterales como las leyes aprobadas en países como Reino Unido, Italia o España, por citar algunos ejemplos.

#### **4. LA RESPUESTA DE ESPAÑA**

Centrándonos en la respuesta que nuestro país ha querido dar al reto de la economía digital, y viendo la falta de acuerdo a nivel europeo, se aprobó la Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (IDSD).

El ánimo con el que se aprobó este texto normativo no difiere del buscado por las soluciones internacionales o de otros países a título individual, pudiendo destacar entre otras:

- ✓ Adaptación de la legislación a los retos de la nueva economía.
- ✓ Garantizar que las finanzas públicas sean sostenibles.
- ✓ Garantizar que se preserve la justicia social y que todas las empresas que operan en España disfruten de condiciones equitativas.
- ✓ Combatir la planificación fiscal agresiva.

---

<sup>10</sup>[https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_es)  
(6 de marzo de 2021)



- ✓ Cubrir las lagunas existentes actualmente en las normas españolas que permiten que algunas empresas digitales evadan impuestos en los países en los que operan y crean valor.

El IDSD tiene como objetivo gravar las prestaciones de los servicios digitales realizadas en el territorio de aplicación del mismo efectuadas por los contribuyentes de este impuesto (art. 5) y que se concreta en tres tipos de servicios:

1. servicios de publicidad en línea.
2. servicios de intermediación en línea.
3. servicios de transmisión de datos.

La norma también pretende solucionar el problema de la ausencia de establecimiento físico en nuestro territorio y para ello el artículo 7 del IDSD dispone que el lugar de realización de las prestaciones de servicios digitales incluyendo una cláusula general en el apartado primero del citado artículo al manifestar que las prestaciones de servicios digitales se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto cuando algún usuario esté situado en ese ámbito territorial, con independencia de que el usuario haya satisfecho alguna contraprestación que contribuya a la generación de los ingresos derivados del servicio.

A continuación, mediante cláusulas individuales determina el lugar de realización atendiendo al servicio que sea objeto de gravamen:

- a) En el caso de los servicios de publicidad en línea, cuando en el momento en que la publicidad aparezca en el dispositivo de ese usuario el dispositivo se encuentre en ese ámbito territorial.



- b) En el caso de los servicios de intermediación en línea en que exista facilitación de entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios, cuando la conclusión de la operación subyacente por un usuario se lleve a cabo a través de la interfaz digital de un dispositivo que en el momento de la conclusión se encuentre en ese ámbito territorial. En los demás servicios de intermediación en línea, cuando la cuenta que permita al usuario acceder a la interfaz digital se haya abierto utilizando un dispositivo que en el momento de la apertura se encuentre en ese ámbito territorial.
- c) En el caso de los servicios de transmisión de datos, cuando los datos transmitidos hayan sido generados por un usuario a través de una interfaz digital a la que se haya accedido mediante un dispositivo que en el momento de la generación de los datos se encuentre en ese ámbito territorial.

El apartado tercero está referido a dos cuestiones, la primera de ellas dirigida a obviar el hecho concreto del territorio donde se efectúa el servicio para el caso de la entrega de los bienes o prestaciones de servicios en los casos de servicios de intermediación en línea en que exista esta; y en segundo lugar, el lugar desde el cual se realice cualquier pago relacionado con un servicio digital. Por su parte, el apartado cuarto introduce una presunción *iuris tantum* al presumir que un determinado dispositivo de un usuario se encuentra en el lugar que se determine conforme a la dirección IP del mismo.



Finalmente, el último apartado incluye una cláusula de salvaguarda de derechos al indicar que los datos que pueden recopilarse de los usuarios con el fin de aplicar esta Ley se limitan a aquellos que permitan la localización de los dispositivos de los usuarios en el territorio de aplicación del impuesto.

Otro de los elementos importante que configuran el impuesto es el del sujeto pasivo. La Ley 4/2020 lo fija en su artículo 8 atendiendo a los siguientes criterios:

- En primer lugar, utilizando un criterio subjetivo, siendo en todo caso personas jurídicas y entidades a las que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria,
- En segundo lugar, considerando un elemento objetivo como es el importe neto de su cifra de negocios y el importe total de sus ingresos derivados de prestaciones de servicios digitales, en concreto el artículo 8 se refiere:
  - a) que el importe neto de su cifra de negocios en el año natural anterior supere 750 millones de euros; y
  - b) que el importe total de sus ingresos derivados de prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto, una vez aplicadas las reglas previstas en el artículo 10, correspondientes al año natural anterior, supere 3 millones de euros.



## **5. LAS ENTIDADES LOCALES EN LA ECONOMÍA DIGITAL, ENTRE LA OMISIÓN Y EL ABANDONO**

Es preciso analizar el modo y manera en que las entidades locales se ven afectadas ante la prestación de los servicios y actividades económicas digitales. Y cuál va a ser la incidencia en el sistema tributario local.

Como señala la UE, hemos entrado en una era en la que los usuarios de servicios digitales son, cada vez más, parte integrante del proceso de creación de valor, consciente o inconscientemente. Los usuarios facilitan datos, comparten conocimientos y contenidos, y propician la creación de redes amplias y diversas. Todo ello genera un enorme valor en la economía actual, que no hará sino aumentar en el futuro. También es un hecho reconocido que las empresas con actividades predominantemente digitales tienen una necesidad menor de estar presentes físicamente para operar en un determinado territorio. Esta circunstancia quiebra un principio internacionalmente reconocido como es el que los beneficios deben gravarse donde se genere valor<sup>11</sup>.

No obstante, las actuales normas fiscales nacionales e internacionales fueron concebidas para empresas con un esqueleto o, si se prefiere, de carne y hueso. Se basan sobre todo en la presencia física y no fueron concebidas para hacer frente a modelos de negocio basados principalmente en activos intangibles, datos y conocimientos.

---

<sup>11</sup>Proyecto conjunto de la OECD y el G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (2013).



¿Y este hecho cómo afecta a las entidades locales desde un punto de vista tributario? El análisis debe iniciarse partiendo del planteamiento constitucional en lo referente a las Haciendas locales, ya que, como es bien sabido, nuestra CE dispone que éstas se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y CC.AA.; la mención expresa de estos dos tipos de recursos no presupone la exclusión de otros y ello se deduce de la literalidad del propio precepto citado cuando puntualiza que éstas serán las fuentes fundamentales de ingresos de la Hacienda local, pero en modo alguno dice que sean las únicas<sup>12</sup>.

La normativa sobre Haciendas locales (Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, TRLRHL) pone a disposición de los municipios un conjunto de impuestos, cuyo establecimiento puede ser obligatorio, o en algunos casos potestativos. Son impuestos establecidos y regulados por el Estado, con algunas atribuciones en manos de las entidades locales pero con una capacidad limitada y restringida.

Por parte de los municipios deben exigirse los siguientes impuestos:

- ✓ Impuesto sobre bienes inmuebles (IBI).
- ✓ Impuesto sobre actividades económicas (IAE).
- ✓ Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM).

---

<sup>12</sup> MANUELA VEGA HERRERO, Universidad de León, *Inconstitucionalidad del recargo municipal sobre el IRPF. Comentario a la STC de 19 de diciembre de 1985*, Diario La Ley, 1986, pág. 859, tomo 3, Editorial LA LEY 14164/2001.



Por su parte, los impuestos potestativos, es decir, aquellos que solo se exigen cuando hayan sido aprobados y regulados por los propios municipios mediante su ordenanza fiscal, están referidos a:

- ✓ Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras.
- ✓ Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos.
- ✓ Impuesto sobre gastos suntuarios (grava los cotos privados de caza y pesca).

Las entidades locales distintas de los municipios (provincias, comarcas, mancomunidades, etc.) no pueden establecer ni exigir tributos, salvo algunos recargos sobre los anteriores impuestos. Y en todo caso, las entidades locales no pueden establecer ni exigir otros impuestos distintos a los citados anteriormente.

El sistema tributario local está sujeto, como no puede ser de otro modo, a los principios constitucionales que rigen el ordenamiento tributario de nuestro país (igualdad, generalidad, capacidad económica, progresividad, no confiscatoriedad y legalidad); pero también en otro no menos importante y que constituye un límite a la potestad tributaria: el principio de territorialidad.

Este principio ya viene informado en la normativa tributaria del Estado, concretamente en el artículo 11 de la Ley 58/2003 General Tributaria (LGT) cuando manifiesta: *“los impuestos se aplicarán conforme a los criterios de residencia o territorialidad que establezca la ley en cada caso. En su defecto, los impuestos de carácter personal se exigirán conforme al criterio de residencia y los demás impuestos conforme al criterio de*



*territorialidad que resulte más adecuado al objeto gravado”.*

En la normativa sobre régimen local, el artículo 107.2 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) dispone *“Las Ordenanzas fiscales obligan en el territorio de la respectiva Entidad local y se aplican conforme a los principios de residencia efectiva y de territorialidad, según los casos”*; complementándose con el artículo 6 del TRLRHL *“Principios de tributación local. Los tributos que establezcan las entidades locales al amparo de lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, respetarán, en todo caso, los siguientes principios:*

- a) No someter a gravamen bienes situados, actividades desarrolladas, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva entidad.*
- b) No gravar, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la Entidad impositora, ni el ejercicio o la transmisión de bienes, derechos u obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio”.*

Si nos detenemos en los hechos imponibles de los impuestos locales podemos apreciar el elemento territorial y, de forma muy intensa, el bien inmueble como aspecto nuclear en la imposición local:

- ✓ IBI: constituido por la titularidad de los siguientes derechos sobre los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales.
- ✓ IAE: constituido por el ejercicio, en territorio español, de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en un



local y se hallen o no especificadas en las tarifas del Impuesto.

- ✓ IVTM: constituido por la titularidad de los vehículos de tracción mecánica aptos para circular por las vías públicas, cualquiera que sea su clase y categoría.
- ✓ IIVTNU: constituido por el incremento del valor de los terrenos puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un periodo máximo de 20 años
- ✓ IGS: grava el aprovechamiento de los cotos privados de caza y pesca, cualquiera que sea la forma de explotación o disfrute

Por otra parte, merece la pena explicar la fuente de ingresos procedente de la participación en los ingresos del Estado y de las Comunidades Autónomas, también regulado en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Se puede apreciar la importancia de los ingresos por PIE en el siguiente cuadro<sup>13</sup>:

---

<sup>13</sup>[https://gestrisam.malaga.eu/export/sites/default/economia/gestrisam/portal/menu/seccion\\_0010/documentos/Articulo\\_PIE\\_2020\\_Consecuencias\\_crisis.pdf](https://gestrisam.malaga.eu/export/sites/default/economia/gestrisam/portal/menu/seccion_0010/documentos/Articulo_PIE_2020_Consecuencias_crisis.pdf) (15 de abril de 2021)



LIQUIDACIÓN DE PRESUPUESTOS 2018			
TOTAL AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES		Millones de euros	% sobre el total de ingresos
INGRESOS TRIBUTARIOS	Impuestos directos	21.561	39,6%
	Impuestos indirectos	1.874	3,4%
	Tasas, precios públicos y otros ingresos	8.645	15,9%
TRANSFERENCIAS CORRIENTES	<b>De la Administración del Estado</b>	<b>10.907</b>	<b>20,0%</b>
	De Comunidades Autónomas	3.840	7,1%
	De Diputaciones, Consejos o Cabildos	2.260	4,1%
	Resto de transferencias	240	0,4%
INGRESOS PATRIMONIALES	Ingresos patrimoniales	862	1,6%
OPERACIONES DE CAPITAL	Enajenación de inversiones reales	444	0,8%
	Transferencias de capital	2.033	3,7%
OPERACIONES FINANCIERAS	Activos financieros	82	0,1%
	Pasivos financieros	1.716	3,1%
<b>TOTAL INGRESOS</b>		<b>54.465</b>	

El artículo 39 del TRLRHL establece:

1. *Las entidades locales participarán en los tributos del Estado en la cuantía y según los criterios que se establecen en esta ley.*
2. *Asimismo, las entidades locales participarán en los tributos propios de las comunidades autónomas en la forma y cuantía que se determine por las leyes de sus respectivos Parlamentos.*

Asimismo, este recurso aparece regulado en los artículos 118 a 126 y en la Disposición Adicional Décima de la Ley de Haciendas Locales, en la redacción actual según el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.



Es importante en este punto destacar que ha señalado la Jurisprudencia constitucional sobre la participación de los Tributos del Estado<sup>14</sup>, refiriéndose:

*"la participación de las Corporaciones locales en los tributos del Estado prevista en el artículo 142 de la Constitución Española constituye una de las fuentes de financiación constitucionalmente posible, a través de la cual se pretende dotar al conjunto de Entes Locales de la necesaria suficiencia de fondos para el cumplimiento de las funciones que legalmente les han sido encomendadas, esto es, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido (artículos 127, 140 y 141 de la Constitución). Es justamente el carácter que reviste la participación de las entidades locales en los tributos del estado, en cuanto garantía de su autonomía, lo que convierte a aquella participación en garante del funcionamiento de la Hacienda Local, dentro del conjunto de la Hacienda General y, en consecuencia, lo que la constituyen elemento básico de esta. Por ello hemos declarado que es precisamente al legislador estatal a quien incumbe a la efectividad a los principios de suficiencia ante las Haciendas Locales (artículo 142 de la Constitución) y de solidaridad y equilibrio territorial (artículo 138 del mismo texto), de*

---

14 STC 26/1990, STC 227/1992 y STC 331/1993



*ahí que le corresponde el señalamiento de los criterios para el reparto de la participación que se les concede a los ingresos estatales (...) Así pues, es al estado, y no a la Comunidad Autónoma... a quien corresponde fijar los criterios de distribución de los ingresos de los Entes Locales consistentes en participaciones en ingresos estatales"<sup>15</sup>.*

La regulación del modelo de participación en los tributos del Estado ha tenido como finalidad principal eliminar la insuficiencia financiera que poseen las entidades locales; sin embargo, parece claro que los esfuerzos hasta el momento no han dado sus frutos y las modificaciones normativas que han ido en esa línea no han colmado las exigencias demandadas por las corporaciones locales. El sistema de participación en los tributos del Estado y de las CC.AA atiende a distintos modelos, considerando la dimensión o el tipo de entidad local de que se trate:

1. El primero de ellos, con un ámbito de aplicación a municipios capitales de provincia o de comunidad autónoma, o bien, que tengan una población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes, y las diputaciones, cabildos, islas y entes asimilados. tiene en consideración dos elementos:
  - a) cesión de rendimientos recaudatorios de impuestos estatales y
  - b) otro de financiación complementariaDe este modo, la Participación en los Ingresos del Estado para el caso de estas entidades

---

15 Sentencia del Tribunal Constitucional 331/1993, fundamento jurídico segundo, letra B



locales viene definida por dos vías de financiación:

- La participación en el denominado Fondo Complementario de Financiación, que supone el mayor porcentaje de la totalidad de la PIE.
- La cesión de la recaudación del Impuesto sobre el valor Añadido (IVA), del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y de los Impuestos Especiales.

Es en este punto donde se podría considerar modificar el TRLRHL incluyendo en la cesión de la recaudación el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales, sin perjuicio de incrementar los porcentajes establecidos en la citada norma.

Recordemos que el artículo 112 TRLRHL dispone que *"a cada uno de los municipios incluidos en el ámbito subjetivo antes fijado se le cederán los siguientes porcentajes de los rendimientos que no hayan sido objeto de cesión a las Comunidades Autónomas, obtenidos en los impuestos estatales que se citan:*

- a) *El 2,1336 por 100 de la cuota líquida estatal del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*
- b) *El 2,3266 por 100 de la recaudación líquida por el Impuesto sobre el Valor Añadido imputable a cada municipio.*



*c) El 2,9220 por 100 de la recaudación líquida imputable a cada municipio por los Impuestos Especiales sobre la Cerveza, sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre Alcohol y Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos y sobre Labores de Tabaco”.*

La participación en el Fondo Complementario de Financiación (FCF) se determina, para cada ejercicio y para cada municipio, aplicando un índice de evolución de los Ingresos Tributarios del Estado (ITE) a la participación que le corresponde, por este concepto, en el año base del modelo, es decir el primer año de su aplicación (año 2004). La cuantía de la participación total de 2004 no cubierta por los ingresos derivados de la cesión de la cesión de impuestos estatales se financia con este fondo complementario.

Además, se incorporan al FCF la compensación derivada de la reforma del Impuesto sobre Actividades Económicas de 2003 correspondiente a los municipios incluidos en este modelo de financiación, así como la compensación adicional por dicho impuesto aprobada en 2005.

Los ingresos tributarios del Estado (ITE) que se definen en el artículo 121 TRLRHL están constituidos por la recaudación estatal de los tributos detallados en el mencionado artículo (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre el Valor Añadido y



los Impuestos Especiales sobre la Cerveza, sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos y sobre las Labores de Tabaco) excluida la susceptible de cesión a las comunidades autónomas.

2. La segunda, atiende a unas variables predeterminadas de reparto. Siendo su ámbito subjetivo de aplicación el definido en el artículo 122 del TRLRHL.

Respecto a la determinación del importe total de la participación en tributos del Estado, el artículo 123 del TRLRHL y se determinará aplicando un índice de evolución a la correspondiente al año base, año 2004.

3. La tercera, dirigida a municipios "turísticos".

El libro amarillo que incluye la presentación del proyecto de presupuestos generales del Estado para el año 2021 explica cuál ha sido la evolución de la PTE comprendido entre los años 2004 al 2018 en relación con la PTE:<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> <https://www.sepg.pap.hacienda.gob.es/sitios/sepg/es-ES/Presupuestos/PGE/PGE2021/Documents/LIBROAMARILLO2021.pdf> (15 de abril de 2021)



Cuadro VII.3.1  
**RESULTADOS DEL MODELO DE PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES  
EN LOS TRIBUTOS DEL ESTADO 2004-2018**

millones de euros

Concepto de financiación (*)	Financiación definitiva año 2004 (1)	Financiación definitiva año 2018 (2)	Δ % (2)/(1)
<b>Financiación de los municipios incluidos en el modelo de cesión</b>	<b>4.620</b>	<b>7.531</b>	<b>63,0</b>
Cesión impuestos estatales:	661	1.050	58,8
IRPF	317	564	77,9
IVA	254	391	54,3
Impuestos Especiales	91	95	4,2
Fondo Complementario Financiación	3.959	6.481	63,7
Financiación de los municipios no incluidos en el modelo de cesión	3.183	4.829	51,7
<b>TOTAL financiación de los municipios</b>	<b>7.802</b>	<b>12.359</b>	<b>58,4</b>
<b>Financiación de las provincias</b>			
Cesión impuestos estatales	583	867	48,8
IRPF	231	389	68,6
IVA	250	372	49,1
Impuestos Especiales	103	106	3,4
Fondo Complementario Financiación	2.966	4.739	59,8
Otros conceptos de financiación	513	734	43,2
<b>TOTAL financiación de las provincias</b>	<b>4.062</b>	<b>6.341</b>	<b>56,1</b>
<b>TOTAL financiación de las Entidades Locales</b>	<b>11.864</b>	<b>18.700</b>	<b>57,6</b>

(\*) Se incluyen, por un lado, la compensación del IAE reconocida con arreglo a la Disposición adicional décima de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que a partir de 2004, se ha integrado en la participación en tributos del Estado y la compensación adicional del IAE reconocida con arreglo a la Disposición adicional segunda de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, que se incorpora a partir de 2006.

Fuente: Secretaría General de Financiación Autonómica y Local. Ministerio de Hacienda

Sin duda, la evolución de la participación de las entidades locales en los tributos del Estado en el periodo 2019-2021 se ve afectada por la situación extraordinaria acaecida con la aparición de la pandemia de COVID-19 derivada de la enfermedad ocasionada por el virus SARS-CoV-2.

Este impacto quiere verse amortiguado como señala el citado libro amarillo atendiendo a que *“en esa situación, el Real Decreto-ley 13/2019, de 11 de octubre, reguló la actualización extraordinaria de las entregas a cuenta para 2019, permitiendo adoptar un ajuste técnico extraordinario para la defensa del interés general y trasladar a las entidades locales el incremento de los recursos derivados de la diferencia de previsiones, entre*



*la elaborada para el año 2018 y la elaborada para 2019, considerando exclusivamente el incremento de recaudación previa a la cesión de impuestos estatales, que son determinantes de la financiación local.*

*Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2020, desde el 1 de enero de 2020, el criterio de aplicación de la prórroga de la financiación de las entidades locales tiene como base aquel Real Decreto-ley, de modo que los importes correspondientes a cada una son coincidentes con los que resultaron de dicha norma, pero manteniendo los créditos de los Presupuestos Generales del Estado para 2018, que son los prorrogados, y que son inferiores a las necesidades presupuestarias que resultan de la aplicación de aquel Acuerdo. Esta actuación ha precisado la aprobación de suplementos de crédito para poder atender el pago de las entregas a cuenta. Esto ha supuesto un incremento de las mismas (y de la financiación total) de 822 millones de euros, correspondiendo 668 millones a la diferencia del importe que se cubre con cargo al estado de gastos de las entregas actualizadas manteniendo los criterios del Real Decreto-ley 13/2019 y las derivadas de la aplicación automática de la prórroga presupuestaria, y 154 millones de euros a esa misma diferencia, pero referida a la cesión de impuestos estatales.*

*Asimismo, se precisa tramitar en 2020 una ampliación de crédito de 460 millones de euros para poder cubrir el pago de la liquidación definitiva de la participación del año 2018, ya que el crédito de 84 millones de euros que constaba en los Presupuestos Generales del Estado de este año es insuficiente. La citada liquidación dará como resultado unos importes a transferir a las entidades*



*locales de 544 millones de euros, con cargo al estado de gastos. A lo que habría que añadir el importe para ingresar a las Entidades Locales por la cesión de impuestos estatales de 132 millones de euros.*

*Se puede concluir que la actual situación de crisis no ha tenido repercusión en la financiación de las entidades locales y que tampoco la tendrá en 2021, ya que, para este año, las entregas a cuenta experimentarán un ligero incremento del 3 por ciento, es decir de 573 millones de euros, por todos los conceptos”.*

Sin embargo, se debe insistir que ante una situación como la actual, con una crisis sanitaria que no se había vivido en décadas y unido a medidas como las restricciones de movilidad de personas y restricciones al consumo, conllevan una crisis económica de importantes dimensiones de la que todavía no conocemos con exactitud sus consecuencias y que afectará a los ingresos de las entidades locales que en el caso de la PTE habrá que esperar al año 2022 para ver si se procederá a la regularización de los excesos por los importes concedidos.

Muy interesante nos parece el documento de trabajo realizado por el Organismo Autónomo de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Málaga realizado el 15 de mayo de 2020 en el que se establecen distintas hipótesis sobre la PTE y que concluye que los resultados *“Según los cálculos y estimaciones realizados en función de las distintas hipótesis utilizadas, la liquidación definitiva de la Participación en los Tributos del Estado (PIE) del año 2020 se presenta en el siguiente cuadro resumen. A este respecto recordar que las estimaciones tanto de Málaga como de las EELL del modelo cesión solo tienen en*



*cuenta el Fondo Complementario de Financiación (incluyendo las compensaciones IAE), sin considerar la cesión de impuestos estatales”<sup>17</sup>.*



	Liquidación definitiva PIE 2020 (millones de euros)					
	Hipótesis 1	Hipótesis 2	Hipótesis 3	Hipótesis 4	Hipótesis 5	Hipótesis 6
<b>AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA</b>	-3,79	-6,25	-14,91	-24,04	-38,97	-57,47
<b>TOTAL AYUNTAMIENTOS (modelo cesión)</b>	-107,12	-176,60	-421,22	-679,40	-1.101,21	-1.624,15
<b>TOTAL DIPUTACIONES (modelo cesión)</b>	-90,13	-148,60	-353,43	-571,67	-926,60	-1.366,63
<b>TOTAL AYUNTAMIENTOS (modelo variables)</b>	-79,81	-131,58	-313,84	-506,21	-820,49	-1.210,12

En el caso de los servicios digitales, el impuesto aprobado por la Ley 4/2020 IDSD, está fundamentado en la idea de que las empresas dedicadas a este negocio paguen sus impuestos allí donde se han extraído los datos, pues constituyen la fuente de sus beneficios. No debiera parecer extraño que siendo los datos obtenidos

<sup>17</sup> JAVIER GONZÁLEZ ARRANA y JUAN ANTONIO MORENO SANZ, LA PARTICIPACIÓN DE LOS MUNICIPIOS EN LOS TRIBUTOS DEL ESTADO 2020 Consecuencias de la nueva crisis económica, Organismo Autónomo de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Málaga  
[https://gestrisam.malaga.eu/export/sites/default/economia/gestrisam/portal/menu/seccion\\_0010/documentos/Articulo\\_PIE\\_2020\\_Consecuencias\\_crisis.pdf](https://gestrisam.malaga.eu/export/sites/default/economia/gestrisam/portal/menu/seccion_0010/documentos/Articulo_PIE_2020_Consecuencias_crisis.pdf) (15 de abril de 2021)



de los usuarios residentes en municipios las entidades locales pudieran obtener algún tipo de compensación fiscal, por la generación de valor o transmisión de datos generados desde sus territorios y por personas residentes en los mismos.

A priori, difícil situación se plantea a las entidades locales si quieren establecer algún tipo de imposición al margen del citado principio de la territorialidad y especialmente en una materia como la que estamos intentando explicar. Si en la actualidad quedan muchos aspectos tributarios pendientes de solución entre los Estados a nivel internacional o incluso de la propia Unión Europea, parece que no es la hora para que las entidades locales pretendan introducir alguna novedad fiscal en los servicios digitales.

Se añade además el hecho de que el problema no sólo tiene su origen exclusivamente en la dificultad de gravar servicios digitales en los términos revelados, sino también por la propia problemática constitucional de la potestad tributaria local tal y como está actualmente configurada. No obstante, y a pesar de que las entidades locales se enfrentan en multitud de ocasiones a muchos "Aquiles", donde aparentemente no hay puntos débiles siempre existe la posibilidad de encontrarlos.

Brevemente pasamos a exponer algunas cuestiones que debieran ser tenidas en consideración para que las entidades locales pudieran ser actores relevantes en el sistema tributario sobre la economía digital.

La primera de ellas versa sobre la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza de la potestad tributaria.



Como señala MAGRANER MORENO<sup>18</sup> el texto constitucional no determina con claridad meridiana el poder tributario de los entes locales, entendido este, como la capacidad jurídica para establecer ingresos tributarios. Es el Tribunal Constitucional quien ha ido delimitando este concepto poniendo en relación tres ejes: principio de reserva de ley, principio de autonomía, y principio de suficiencia municipal. De este modo, el TC ha dispuesto para los entes locales un cierto poder tributario que debía ser delimitado por el legislador. En cumplimiento de esta interpretación, el legislador estatal, a través de diversas normas, pero con carácter principal con las relativas a la regulación de las haciendas locales, ha dispuesto el margen de actuación municipal en el ámbito tributario, en materias como la aplicación de los tipos impositivos o de los incentivos fiscales.

El margen de maniobra que disponen los Entes Locales para ejercer su poder tributario es estrecho pero en modo alguno inamovible y, dentro de los límites establecidos por la ley, es posible ajustar la tributación de las entidades locales a los servicios digitales, incluyendo la robótica y la inteligencia artificial.

De hecho, tomando como referencia la STC de 19 de febrero de 1987<sup>19</sup>, CARRETERO PÉREZ analiza la resolución y explica que, en todo caso, es claro conforme a nuestro sistema tributario que la potestad tributaria

---

<sup>18</sup> FRANCISCO J. MAGRANER MORENO, *Reserva de ley en materia tributaria local y prohibición de analogía: en especial, respecto de beneficios fiscales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Nº IV, Sección Opiniones, septiembre 2019, pág. 35, Wolters Kluwer.

<sup>19</sup> STC 19 de febrero de 1987 (BOE núm. 54, de 04 de marzo de 1987) ECLI:ES:TC:1987:19



local se fundamenta, no sólo en razones de situación geográfica de la riqueza, sino en la unidad económica nacional.<sup>20</sup>

También nos puede servir de orientación la jurisprudencia que en su día explicó CHAVES GARCÍA, cuando explicaba el concepto de extraterritorialidad competencial, esto es, si las competencias municipales pueden adentrarse en territorios ajenos, para qué funciones y con qué límites<sup>21</sup>. Que trasladado al ámbito de servicios digitales que se desvinculan del tradicional esquema de la territorialidad sin embargo, se originan en los ciudadanos que viven en los municipios y que son parte fundamental de la ecuación.

Igualmente, el principio de capacidad debe jugar un papel esencial en esta situación, en este sentido la STC 26/2017, de 16 de febrero, establece que *“en ningún caso podrá el legislador establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial, o, lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia”*; no es menos cierto que entre otras resoluciones como la del Tribunal Constitucional 60/2013, según la cual *“una misma*

---

<sup>20</sup> ADOLFO CARRETERO PÉREZ, Problemas constitucionales de la imposición municipal. (Comentario a la STC de 17 de febrero de 1987), Diario La Ley, 1987, pág. 943, tomo 4, Editorial LA LEY LA LEY 17575/2001

<sup>21</sup> JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA Las fronteras de las competencias municipales: territorialidad líquida, <https://delajusticia.com/2016/06/27/las-fronteras-de-las-competencias-municipales-territorialidad-liquida/> (15 de abril de 2021)



*actividad económica es susceptible de ser sometida a tributación por gravámenes distintos desde perspectivas diferentes (la obtención de renta, el consumo, la titularidad de un patrimonio, la circulación de bienes, la solicitud de servicios o actividades administrativas, el uso del dominio público, la afectación del medio ambiente, etc.), sin que ello suponga necesariamente una doble imposición, permitida o prohibida, por las normas que integran el bloque de la constitucionalidad".* Asimismo, el principio de subsidiariedad, incorporado desde el ámbito europeo, debe adquirir una nueva dimensión en la economía digital. La subsidiariedad debiera ser una pieza esencial en el criterio para articular una respuesta de todas las administraciones implicadas en la imposición de servicios digitales, especialmente aquellas que están más próximas al ciudadano.

## **CONCLUSIONES**

Aunque sería lo deseable, no se trata de pedir que en las actuales circunstancias se inicie un proceso de reforma constitucional que reordene la estructura territorial del Estado, dotando de mayor reconocimiento institucional, competencial y financiero a las entidades locales. No obstante, y con los elementos que existen actualmente sí puede exigirse a los actores políticos una mayor conciencia sobre la importancia de las entidades locales ante la situación económica global a la que se enfrentan administraciones y ciudadanos, agravada por la pandemia producida por la transmisión del SARS-CoV-2 (COVID 19).



Si se me permite el símil, desde hace muchos años las entidades locales disputan un partido de fútbol con un balón de rugby y eso hace tremendamente complicado jugar sin que la pelota se salga del terreno de juego, interrumpiendo constantemente el encuentro.

La nueva realidad económica exige la adopción de acuerdos a nivel internacional entre los Estados o países y a pesar de que la respuesta esté tardando en llegar y a pesar de las soluciones unilaterales (Francia, Italia, España o Reino Unido) sería bueno no caer en el desaliento y seguir recorriendo ese camino. Ahora bien, la senda no puede ser transitada dejando de lado a las entidades locales, que deben ser sujetos esenciales. Y siempre dentro del principio de colaboración y coordinación.

Del mismo modo que en el texto normativo del IDSD se prevé en su Disposición final quinta la adaptación del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, también hubiera sido recomendable incluir a las entidades locales para establecer un procedimiento donde analizar las repercusiones jurídicas y económicas. Esto no impide que, además, se pueda dentro del ámbito de las relaciones interadministrativas que la Federación Española de Municipios y Provincial (FEMP) impulsar un grupo de trabajo específico, que analice como se hace con otras materias, la incidencia que el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales repercute en las entidades locales.

Las propuestas que pudiera desarrollar el grupo de trabajo podrían encaminarse hacia dos posibilidades: de



una parte, obtener una participación de los tributos del Estado en relación a este concreto impuesto; o, de otra, reordenar en el seno de la fiscalidad municipal el gravamen de la actividad económica, dotándolo de mayor dinamismo, flexibilidad, incorporando las modificaciones necesarias en el impuesto sobre actividades económicas para introducir la nueva realidad de la economía digital en las entidades locales.

**LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL  
CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE  
EXTREMADURA Y PROPUESTAS DE  
MEJORA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.  
REFLEXIONES EN EL TRIGÉSIMO  
ANIVERSARIO DE LA INSTITUCIÓN.**

**D. José Manuel Rodríguez Muñoz**

Letrado de la Junta de Extremadura  
Doctor en Derecho. Prof. Derecho Administrativo de la  
UEX  
Secretario General del CES de Extremadura entre  
2002-2006

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende contribuir a la no muy abundante bibliografía sobre los Consejo económicos y sociales de las Comunidades Autónomas con unas reflexiones sobre la naturaleza, función y régimen jurídico del Consejo económico y Social de Extremadura en el año en que se cumple el treinta aniversario de su Ley de creación y el décimo aniversario



de la reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura que recoge explícitamente al mismo como institución de naturaleza estatutaria. Queremos subrayar la importancia de la función consultiva de oportunidad que aportan estas instituciones, como órganos de participación de los agentes sociales y de la sociedad civil organizada en la elaboración de las normas que contienen un contenido inequívocamente económico y de repercusión social, contribuyendo al enriquecimiento de las mismas y a ampliar la base participativa de la sociedad en el proceso democrático legislativo.

**ABSTRACT:** This Paper aims to contribute to the not very abundant bibliography on the Economic and Social Councils of the Autonomous Communities with some reflections on the nature, function and legal regime of the Economic and Social Council of Extremadura in the year in which celebrate the thirtieth anniversary of its Law of creation and the tenth anniversary of the reform of the Statute of Autonomy of Extremadura which explicitly includes it as an institution of a statutory nature. We want to underline the importance of the advisory function of opportunity provided by these institutions, as participation bodies of social agents and organized civil society in the elaboration of norms that contain an unequivocally economic content and of social impact, contributing to the enrichment of the same ones and to broaden the participatory base of the society in the legislative democratic process.

**PALABRAS CLAVE:** Consejo Económico y Social, Comunidad Autónoma de Extremadura, Estatuto de

Autonomía, órganos consultivos, Comunidades Autónomas, Agentes sociales, participación social, CES.

**KEYWORDS:** Economic and Social Council, Autonomous Community of Extremadura, Statute of Autonomy, advisory bodies, Autonomous Communities, Social agents, social participation, CES.

## **SUMARIO:**

**I.- EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE EXTREMADURA EN SU CONTEXTO INICIAL (1991-2011), ANTECEDENTES Y ARRANQUE.**

**II.- EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE EXTREMADURA DE 2011 Y LA ACTUAL POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL.**

**III.- SOBRE LA NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL CES EXTREMEÑO.**

**IV.- A MODO DE CONCLUSIÓN: PERSPECTIVAS DE FUTURO Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA A LOS 30 AÑOS DE SU LEY REGULADORA.**

**IV.- BIBLIOGRAFÍA.**



## **I.- EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE EXTREMADURA EN SU CONTEXTO INICIAL (1991-2011), ANTECEDENTES Y ARRANQUE.**

En 2021, a 30 años vista de la creación tanto del CES estatal como del de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y en el décimo aniversario de la reforma del Estatuto de Autonomía de 2011, hemos asumido con naturalidad la existencia de instituciones como los Consejos económicos y sociales, órganos consultivos y de participación social de inestimable valor para dotar al legislador y a la administración de la transparencia, la opinión y la dación de cuentas imprescindible en el moderno paradigma de las actuales exigencias de la gobernanza pública.

Pero no siempre fue así. El dictado del escueto artículo 152.1 de la Constitución, parecía limitar las instituciones de autogobierno de las CCAA a las que aparecían en su literalidad, en interpretación cicatera que fue tempranamente desmentida por el superior intérprete de la Carta Magna.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha determinado en relación con la creación instituciones propias por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía, en clara e inconcusa línea jurisprudencia, de la que es muestra la Sentencia núm. 247/2007, de 12 diciembre, que en el fundamento

*jurídico 12, que "el art. 152.1 CE contiene un importante límite a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas al fijar los elementos centrales configuradores de la autonomía política de las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del art. 151 CE (Asamblea, Consejo de Gobierno y Presidente).*

*Sin embargo, la organización institucional a la que se refiere el art. 147.2.c) CE no la hemos considerado reducida a las instituciones expresamente contempladas en el citado art. 152.1 de la Constitución.*

*En este sentido, hemos considerado lícita en la perspectiva constitucional la regulación en el Estatuto de Autonomía del Sindic de Greuges (STC 157/1988, de 15 de septiembre y también de la Sindicatura de Cuentas (SSTC 187/1988, de 17 de octubre y 18/1991, de 31 de enero o de que puedan serlo los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas (STC 204/1992, de 26 de noviembre. En todos estos supuestos se trata de instituciones no previstas constitucionalmente, aunque algunas de ellas se incluyeran ya en los primeros Estatutos de Autonomía (arts. 35 y 42 EAC 1979.*

*De todo ello se desprende, en fin, que los Estatutos de Autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional a que hemos aludido, sino también otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de*



*los poderes e instituciones autonómicos, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro.*

*El principio dispositivo ofrece, así, un margen importante en este punto a las diferentes opciones de las Comunidades Autónomas, margen tanto sustantivo como de densidad normativa, pero que opera, reiterémoslo de nuevo, dentro de los límites que se deriven de la Constitución”.*

Esta facultad de crear instituciones estatutarias más allá de lo previsto en el artículo 147 de la Constitución Española, y con los límites previstos en la propia Constitución y el resto de ordenamiento, ha sido refrendado en doctrina del extinto Consejo Consultivo de Extremadura<sup>1</sup>, que tuvo ocasión de pronunciarse sobre este particular en su dictamen 66/2009, de 19 de marzo de 2009<sup>2</sup>, en el que se señalaba: “*Cabe recordar que la Comunidad Autónoma de Extremadura tiene la competencia exclusiva, reconocida en el número I del apartado I, del artículo 7 la organización de sus Instituciones de autogobierno, si bien el Tribunal*

---

<sup>1</sup> Suprimido por Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura.

<sup>2</sup> Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por el que se crea el Instituto de Estadística de Extremadura

*Constitucional, desde la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, se ha cuidado de interpretar tal competencia, precisando que la potestad organizativa que corresponde a las Comunidades Autónomas para ordenar sus servicios, de las que el personal es uno de sus elementos integrantes, no deriva de la norma estatutaria que contiene dicha competencia, pues no puede otorgarse a la expresión instituciones de autogobierno un alcance mayor que el que deriva de la Constitución (art. 152.1) y de los propios Estatutos –Asamblea legislativa, Consejo de Gobierno y Presidencia de la Junta-, sino de la competencia por ellas asumida respecto a la organización de sus propias Administraciones, y en esta materia cada Comunidad Autónoma ha de respetar, en cualquier caso, las bases que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.12.18 de la Constitución corresponde fijar al Estado. Puntualizando en la Sentencia 132/1989, de 18 de julio, que el título competencial que estamos examinando se extiende exclusivamente a la organización política fundamental de la Comunidad Autónoma, sin afectar a la simple organización administrativa>>. Tales extremos ya fueron puestos de manifiesto por este Consejo en el Dictamen 56/2008, de 28 de febrero”.*

Se da la circunstancia de que, al amparo de esta interpretación, del hecho de que el listado de instituciones de autogobierno constitucionalmente relatado no sea un *numerus clausus*, sino un mínimo obligatorio, el legislador extremeño dio carta de



naturaleza a la institución que ahora recoge el artículo 47 del estatuto vigente, sin que hubiera referencia estatutaria a esa institución consultiva en el texto original de 1983 ni en ninguna de sus modificaciones posteriores.

Esta situación se repite en muchas Comunidades Autónomas, que aun no previendo inicial y expresamente la creación de sus Consejos Económicos y Sociales, aprueban sus respectivas leyes reguladoras de estas instituciones en la interpretación después corroborada por el Tribunal Constitucional.

Actualmente, los Consejos económicos y Sociales autonómicos están regulados en las siguientes normas, muchas de ellas, modificadas posteriormente, o incluso con derogación de otras anteriores: Ley estatal núm. 21/1991 de 17 de junio de creación del Consejo Económico y Social de España, Ley núm. 13/1990 de 28 de noviembre del Consejo Económico y Social de Castilla y León, Ley núm. 9/1990 de 9 de noviembre del Consejo Económico y Social de Aragón, Ley núm. 3/1991 de 25 de abril de creación del Consejo Económico y Social de Extremadura, Ley núm. 1/1992 de 27 de abril del Consejo Económico y Social de Canarias, Ley núm. 3/1993 de 16 de julio del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, Ley núm. 6/1995 de 28 de junio del Consejo Económico y Social de Galicia, Ley núm. 5/1997 de 26 de noviembre del Consejo Económico y Social de Andalucía, Ley núm. 10/2000 de 30 de noviembre del Consejo Económico y Social de las Illes Balears, Ley núm. 7/2005 de 8 de junio del Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña, Ley Foral núm. 2/2006

de 9 de marzo del Consejo Económico y Social de Navarra, Ley núm. 8/2012 de 17 de mayo, de Normas reguladoras del Consejo Económico y Social Vasco, Ley núm. 1/2014, de 28 de febrero, del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana y la Ley núm. 8/2018 de 11 de diciembre del Consejo Económico y Social de Cantabria.

No han escapado estas instituciones consultivas de los recortes provocados por la última crisis económica desde 2007, y que dio como resultado su supresión, caso de Castilla-La Mancha, Madrid o Asturias, o la suspensión sine die de su funcionamiento, en el caso de la Rioja<sup>3</sup>. En todos los casos, como se justifica en los expositivos de sus respectivas leyes supresoras o suspensivas, al socaire de una pretendida racionalización de estructuras administrativas o de un supuesto ínfimo ahorro, se prescinde de instituciones cuya utilidad está fuera de toda duda, y que contribuyen muy intensamente en mejorar la calidad de las normas jurídicas y la necesaria participación de los principales operadores económicos

---

<sup>3</sup> Cfr. la Ley núm. 13/2011 de 3 de noviembre de supresión del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, Ley núm. 3/2012 de 20 de julio de suspensión del funcionamiento del Consejo Económico y Social de La Rioja, Ley 8/2012, de 28 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. (El artículo 60 regula la Extinción del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid) y la Ley núm. 8/2017 de 27 de octubre de supresión del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias.



de la sociedad en su elaboración, en gestos eminentemente cosméticos, por cuanto en paralelo no se prescinden o se acomete la racionalización de estructuras autonómicas mucho más onerosas y de utilidad más dudosa.

En cuanto a sus antecedentes, recordemos que los Consejos Económicos y sociales de las Comunidades Autónomas nacen a imagen y semejanza del CES del Reino de España, y éste a su vez tiene sus correlatos anteriores y antecedentes inspiradores en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas<sup>4</sup>, y en el Comité Económico y Social de la Unión Europea<sup>5</sup>, y la innegable experiencia de otros CES en la mayoría de los Estados europeos de nuestro entorno<sup>6</sup>.

El encaje constitucional de la existencia, tanto del CES estatal, como de los autonómicos, no precisa de floridas explicaciones. Desde luego no hay que buscarle encaje en el órgano al que se refiere el artículo 131.2 de

---

<sup>4</sup> Al respecto, cfr., por todos, Paniagua Redondo, R.: *La reforma del Consejo Económico y social de las naciones Unidas (1945-2000)*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 161 y ss.

<sup>5</sup> Vid, por todos, Sierra Cristóbal, R.: *El Comité Económico y social de las Comunidades Europeas*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, pág. 106

<sup>6</sup> Para un estudio comparado en diferentes Estados de los CES y su regulación, vid., Villavicencio Ríos, A.: "Los Consejos Económicos y Sociales en los países europeos", en Ojeda Avilés, A. (Coord.): *Los Consejos económicos y Sociales*, Ed. Trotta, Madrid, 1992, págs. 53 y ss.

la Constitución Española, encargado de asesorar al gobierno en los proyectos de planificación económica, como alguna vez se ha pretendido.

En realidad, la exigencia del CES se ampara indirectamente en el artículo 105, en cuanto recoge *"la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten"*, y más directamente, en el propio y mero artículo 1.1 de la Carta magna, por cuanto se deduce de la propia configuración del Estado como Social y democrático de derecho.

La cláusula de estado social, en feliz y clásica expresión de Herman Heller<sup>7</sup>, impone la participación activa de los agentes sociales en la labor de los poderes públicos. Y es que, la Constitución Española, desde los Principios Generales de su Título Preliminar, impone a los poderes públicos el deber de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Así lo reconoce igualmente el Estatuto de Autonomía de Extremadura en su actual redacción, en su artículo 73.2, que dispone que *"Los poderes públicos de*

---

<sup>7</sup> Heller, H.: "Staat", *Handwörterbuch der Soziologie*, Alfred Vierkandt (Hg.), unveränderter Neudruck, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1959 (1ª edición 1931), pp. 608-616.



*la Comunidad Autónoma fomentarán y, en su caso, regularán la participación de los agentes sociales y económicos en organismos e instituciones con funciones de desarrollo de Extremadura”.*

Sobre la mención en el Estatuto de Autonomía de la sede en Mérida del Consejo económico y social extremeño (art. 47), solo debemos decir que obedece a la intención de ubicar en diferentes ciudades de nuestra región la sede de las instituciones consultivas, correspondiendo a Badajoz la sede el Consejo Consultivo, a Cáceres la del Consejo de Cuentas y a Plasencia la del Personero del Común.

En cuanto a la regulación actual del Consejo económico y social regional, como decíamos, se trata de uno de los Consejos autonómicos de mas reciente creación en España, al datar su Ley de creación de 1991. En efecto, es la Ley 3/1991, de 25 de abril, la que crea el Consejo Económico y Social de Extremadura y lo configura como órgano consultivo del Gobierno regional en las materias de orden económico y social.

En su exposición de motivos, se lee que *“El Consejo Económico y Social se configura como un órgano consultivo del Gobierno regional, en las materias de orden económico y social, competencia de la Comunidad Autónoma, y gozará de amplias facultades de autonomía y organización en su funcionamiento”.*

Concluye el Preámbulo poniendo de relieve que *“el Consejo Económico y Social será una institución representativa de los intereses económicos y sociales de*

*la sociedad extremeña, constituyendo un elemento valioso para la toma de decisiones en las indicadas materias por parte del Gobierno, lo que sin duda redundará en el progreso económico y social de Extremadura”.*

Asimismo por el Decreto 18/1993, de 24 de febrero (DOE núm. 28, de 6 de marzo), modificado por el Decreto 251/2000, de 19 de diciembre (DOE núm. 150, de 26 de diciembre), se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de dicha institución.

Se daba pues, la paradoja de que la única institución consultiva creada hasta 2001 en la Comunidad Autónoma de Extremadura, no tenía plasmación en el Estatuto de Autonomía, y en cambio, aquellas que, si disponían de esa cobertura estatutaria desde 1999, Consejo Consultivo y Consejo de Cuentas, no se constituyeron, el primero hasta 2001, siendo suprimido, como ya hemos avanzado, por Ley 19/2015, de 23 de diciembre, y el segundo aún no ha sido regulado por Ley.

## **II.- EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE EXTREMADURA DE 2011 Y LA ACTUAL POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL.**

El actual artículo 47 del Estatuto de Autonomía aprobado mediante Ley Orgánica 1/2011, de 28 de



enero, intitulado "Consejo Económico y Social", establece:

"Una ley de la Asamblea regulará la composición, las competencias, el régimen jurídico, la organización y el funcionamiento del Consejo Económico y Social de Extremadura, con sede en la ciudad de Mérida, como órgano colegiado consultivo de la Junta en materias socioeconómicas".

No podemos comenzar una adecuada exégesis de este precepto, sin hacer referencia a otro precepto, el artículo 15 del Estatuto, en aplicación del canon hermenéutico de interpretación sistemática que consagra nuestro artículo 1.3 del Código Civil.

Y es que la inteligencia del contenido y el significado del artículo 47 del estatuto, y de la institución en éste recogido, el Consejo Económico y Social de Extremadura (en adelante CES), sólo adquiere su verdadero relieve, enmarcado en el citado artículo 15.

En éste, se recogen, como se advierte en su título, las "*Instituciones de autogobierno y otras instituciones estatutarias*". Y en referencia a estas últimas, el párrafo 2 del precepto establece lo siguiente:

*"Además, son instituciones estatutarias, dotadas de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, el Consejo Consultivo, el Consejo de Cuentas, el Consejo Económico y Social y el Personero del Común"*.

En este sentido es fácilmente comprensible que el Estatuto de Autonomía de 2011 viene a consagrar, no sólo una realidad *de facto* como es la existencia del Consejo económico y Social de Extremadura, sino a otorgarle el rango y reconocimiento que le corresponde como institución autonómica con reconocimiento estatutario, de naturaleza consultiva y coadyuvante en el autogobierno regional.

Naturalmente nos encontramos pues ante un precepto de nuevo cuño, sin antecedentes en el propio Estatuto de Autonomía, pero con claros precedentes en otros textos estatutarios de otras Comunidades Autónomas.

De entre los de la última oleada modificadora de Estatutos que arrancó en 2004, debemos comenzar por el de Cataluña de 2006, parcialmente declarado inconstitucional e interpretado en gran parte por la Sentencia 31/2010, de 28 de junio. En su artículo 72, intitulado "Órganos consultivos del Gobierno", en su apartado 2, se lee que "*El Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña es el órgano consultivo y de asesoramiento del Gobierno en materia socioeconómicas, laborales y ocupacionales. Una ley regula su composición y funciones*".

Este precepto no fue motivo de impugnación en los diferentes recursos de inconstitucionalidad contra el



Estatuto, por lo que no hubo oportunidad de que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre los mismos.

En la reforma de 2006 del Estatuto de la Comunidad valenciana de 1982<sup>8</sup>, dentro del Capítulo VI "De las otras Instituciones de la Generalitat", y en la Sección Segunda. "De las instituciones consultivas y normativas de la Generalitat", el artículo 42 dispone que *"El Comité Econòmic i Social es el òrgano consultivo del Consell y, en general, de las instituciones pùblicas de la Comunitat Valenciana, en materias econòmicas, sociolaborales y de empleo."*

*En cuanto al procedimiento del nombramiento de sus miembros, funciones, facultades, estatuto y duración del mandato, habrá que ajustarse a lo que disponga la Ley de Les Corts que lo regule".*

Andalucía, por su parte, a través de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, recoge en el capítulo VI de su Título IV, titulado "Otras instituciones de autogobierno", artículo 132, lo siguiente:

*"1. El Consejo Económico y Social de Andalucía es el òrgano colegiado de carácter consultivo del Gobierno de la Comunidad Autónoma en materia económica y*

---

<sup>8</sup> Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1-7-1982, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana

*social, cuya finalidad primordial es servir de cauce de participación y diálogo permanente en los asuntos socioeconómicos.*

*2. Una ley del Parlamento regulará su composición, competencia y funcionamiento”.*

En términos básicamente similares se expresan en este sentido los Estatutos de Castilla y León, Aragón y Baleares.

Como decíamos, se trataba de una omisión en nuestro Estatuto que era necesario y perentorio corregir, para configurar un elenco completo y sistemático de instituciones de relevancia estatutaria y naturaleza y finalidad consultivas.

Ya en el texto propuesto por la Comisión de expertos creada para la elaboración de un borrador de texto articulado por el Decreto 295/2007, de 14 de septiembre, regulador de la Comisión de Expertos para el estudio y deliberación de las cuestiones relacionadas con la reforma del Estatuto de Autonomía y la financiación autonómica, se recoge un precepto, con el número 59, en el que se recoge que *“Una Ley de la Asamblea, aprobada por mayoría absoluta, regulará la composición, organización y funciones del Consejo Económico y Social de Extremadura, como órgano colegiado de carácter consultivo en asuntos socioeconómicos que afecten a la Región”.*



En el texto finalmente remitido a la Asamblea como Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOAE Nº 229, de 28 de mayo de 2009), ya consta con su definitivo numeral, el Artículo 47, "Consejo Económico y Social", y con el texto finalmente aprobado, al no haberse producido enmiendas en su tramitación, sea en el Asamblea, sea a su paso por las Cortes Generales:

*"Una Ley de la Asamblea regulará la composición, las competencias, el régimen jurídico, la organización y el funcionamiento del Consejo Económico y Social de Extremadura, con sede en la ciudad de Mérida, como órgano colegiado consultivo de la Junta en materias socioeconómicas".*

Por su innegable interés, debemos reseñar las reflexiones que, al hilo de este precepto, realizó el Consejo Consultivo de Extremadura en su Dictamen 132/2009, de 29 de julio, sobre Propuesta de Ley sobre Reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura:

*"En el ejercicio de la potestad de autoorganización de la Comunidad Autónoma, por Ley se crea un órgano consultivo en materia económica y social que ahora, el proyecto de reforma incluye en el Estatuto, por lo que el Consejo Económico y Social se configura como un órgano de relevancia estatutaria.*

*Con relación a este precepto, ha de ponerse de relieve, en primer término que los artículos que regulan el Consejo Consultivo, el Consejo de Cuentas y el Personero del Común contienen una referencia*

*descriptiva o definatoria de la institución objeto de regulación, tal referencia se echa de menos en lo que concierne al Consejo Económico y Social, pues, únicamente se alude a la Ley que regulará la composición, las competencias, régimen jurídico, organización y funcionamiento de esta institución.*

*Debería considerarse, por razones de sistemática del Capítulo, la posibilidad de incorporar a este artículo una referencia definatoria de esta institución, que recogida en un apartado primero, podría ser del siguiente tenor o similar: "El Consejo Económico y Social se configura como un órgano consultivo del Gobierno regional, en materias de orden económico y social".*

*En segundo término, el precepto objeto de análisis se refiere al Consejo como órgano colegiado consultivo de la Junta, no obstante, tratándose de un órgano consultivo responderá a una estructura colegiada que tendrá reflejo tanto en su composición como en la forma de adopción de sus decisiones, por lo que resulta innecesario, por reiterativo que se defina como órgano colegiado, dada su naturaleza de órgano consultivo".*

Suscribimos las sugerencias del superior órgano consultivo extremeño. Hubiera sido más que deseable que la finalidad del Consejo Económico y Social se contuviese específicamente en el texto del artículo, al modo y manera que se contiene en el Estatuto andaluz.



Paremos mientes en las características anteriores. Por un lado, hablamos de que se trata de una institución de la Comunidad Autónoma de Extremadura. No es un mero órgano de la administración de la Comunidad Autónoma. Está inserto junto al resto de instituciones consultivas, en el precepto que enumera las instituciones de autogobierno y otras instituciones coadyuvantes a las de autogobierno.

Además, en ese mismo apartado 2 del artículo 15 en el que se menciona el CES, se recoge que esas otras instituciones estatutarias, *“gozarán de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria”*, aspectos estos que no se recogen debidamente en la actual Ley reguladora del CES de Extremadura, y que deberían ser, por tanto, objeto de la adecuada modificación.

Todo lo anterior, pone de manifiesto, que el actual Estatuto de Autonomía extremeño, cuyo décimo aniversario se celebra este año, ha querido conferir al CES de un rango y naturaleza equivalente al del resto de instituciones consultivas de la región, y que las mismas no sean meros organismos públicos dependientes de la administración de la Comunidad Autónoma, sino entes públicos que desempeñan por si mismos *“sus funciones y competencias con sometimiento a la ley y de conformidad con los principios de lealtad institucional, solidaridad, colaboración, coordinación, cooperación y mutua ayuda, entre sí y con todos los poderes públicos”*, como reza el apartado 3 siempre del mismo artículo 15 del Estatuto.

### **III.- SOBRE LA NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL CES EXTREMEÑO.**

En cuanto a la naturaleza del CES, no cabe duda ya de que se trata de una institución, de naturaleza estatutaria, de finalidad consultiva de oportunidad.

Estas consideraciones nos ponen sobre la pista de la naturaleza funcional del CES. Comencemos diciendo lo que no es, ni debe de ser un Consejo Económico y Social. No es un órgano de concertación y de diálogo social entre agentes sociales.

Si antes hemos citado como órganos inspiradores de los órganos regionales los CES de las Naciones Unidas y el Comité económico y social de la UE, no podemos menos que hacer nuestras las reflexiones que al respecto de este último, realiza Serra Cristóbal, y que entendemos son plenamente trasladables al CES extremeño: "El Comité no es un órgano de concertación. El término concertación, en un sentido amplio, implica un procedimiento en el que la consulta a los medios socioprofesionales es un principio y una consecuencia de ciertos compromisos acordados por los participantes con el objetivo de obtener un cierto resultado. Por el contrario, la consulta institucionalizada es un procedimiento regular y oficial destinado a obtener la opinión de los intereses socioeconómicos sobre ciertas



propuestas de actuación, pero sin ningún compromiso por ninguna parte”<sup>9</sup>.

La consecución de los objetivos, loables y recogidos en el propio Estatuto de Autonomía, en su artículo 7.4, de los poderes públicos regionales, de promover *“la concertación y el diálogo social con sindicatos y empresarios como instrumentos necesarios en la concepción y ejecución de sus políticas de cohesión y desarrollo”*, debe realizarse por cauces distintos y órganos previstos para esa función exclusiva, que nada tienen en común con la función consultiva del CES.

En el CES se trata de propiciar un foro de diálogo, no entre los agentes sociales, sino de los agentes sociales y la administración, y su ámbito de aplicación es mucho más amplio que el de la concertación de las políticas sociales o las relaciones laborales, sino que incluye cualquier otra política o acción pública de contenido económico o social.

Del mismo parecer, Aragón Reyes lo argumenta rotundamente: “No se trata de una representación de intereses, exactamente, o de la creación de cámaras parlamentarias ‘corporativas’, sino de una ‘participación’ consultiva (no decisoria, no importa repetirlo),

---

<sup>9</sup> Serra Cristobal, R., *op. cit.*, pág. 24.

perfectamente separada de los gobiernos y de los parlamentos y sin funciones sustitutivas de éstos”<sup>10</sup>.

Para su función consultiva, el CES extremeño, en su Ley de 1991, mínimamente modificada en su artículo tercero por las leyes 7/1996 de 24 de octubre, 10/1998 de 26 de junio y 3/2018, de 21 de febrero, estará integrado por 25 miembros, incluido su Presidente (artículo 3 de la Ley). De ellos, ocho compondrán el Grupo Primero en la representación de las organizaciones sindicales, ocho el Grupo Segundo, en representación de las organizaciones empresariales, y ocho el Grupo Tercero, correspondiendo uno de ellos al sector agrario, uno a Usuarios y Consumidores, uno al sector de la economía social, uno a la Universidad, uno al Tercer Sector de Acción Social, uno al Consejo de la Juventud, siendo los dos restantes expertos en las materias competencias del Consejo<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Aragón Reyes, M.: “El Conejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Nº. 1, 1999, pág. 34.

<sup>11</sup> Los miembros del Consejo representantes del Grupo Primero serán designados por las organizaciones sindicales que hayan obtenido la condición de más representativas, en proporción a su representatividad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6.2 y 7.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Los miembros del Consejo representantes del Grupo Segundo serán designados por las organizaciones empresariales que



---

gocen de capacidad representativa, en proporción a su representatividad, con arreglo a lo dispuesto en la disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores, según redacción dada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Los miembros del Consejo representantes del Grupo Tercero serán propuestos, en cada caso, por las entidades o asociaciones que a continuación se indican:

- a) El correspondiente al sector agrario, por las organizaciones profesionales agrarias con implantación regional en el referido sector.
- b) El correspondiente al sector de la economía social, por las asociaciones regionales de cooperativas y sociedades laborales.
- c) El correspondiente a los usuarios y consumidores, por las asociaciones y organizaciones del sector.
- d) El correspondiente a la Universidad, por el órgano de Gobierno competente de la Universidad de Extremadura.
- e) El del Tercer Sector de Acción Social, por la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura.
- f) El del Consejo de la Juventud, a propuesta de dicho Consejo.

Los dos expertos serán nombrados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, a propuesta del Consejero de Economía e Infraestructuras, entre personas con una especial preparación y reconocida experiencia, previa consulta a los grupos integrantes del Consejo.

Las funciones del CES, de la que, como hemos advertido, nada refiere el Estatuto de Autonomía en su artículo 42, deben ser recogidas en su Ley de Creación. Actualmente, son funciones de esta institución (artículo 5 de la Ley), las siguientes:

*"1.1. Emitir dictámenes con carácter previo, preceptivo y no vinculante sobre:*

*a) Anteproyectos de ley o Proyectos de Decreto Legislativo que regulen materias económicas y sociales competencia de la Comunidad Autónoma y proyectos de Decretos que se consideren por el Gobierno tienen una especial transcendencia en la regulación de las indicadas materias y sobre los Planes y Programas que en esta materia elabore el Ejecutivo.*

*Se exceptúa expresamente de esta consulta el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.*

*b) Anteproyectos de Ley o de otras disposiciones administrativas que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo.*

*c) Separación del Presidente y del Secretario General.*

*d) Cualquier otro asunto que por precepto expreso de una ley, haya que consultar al Consejo.*



*1.2. Emitir dictámenes en los asuntos que, con carácter facultativo, se sometan a consulta del mismo por el Gobierno regional o la Asamblea de Extremadura.*

*1.3. Elaborar, a solicitud del Gobierno o por propia iniciativa, estudios o informes en el marco de los intereses que le son propios.*

*1.4. Regular el régimen de organización y funcionamiento internos del Consejo, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley.*

*1.5. Elaborar y elevar anualmente al Gobierno una Memoria en la que se refleje sus consideraciones sobre la situación socio- económica de la región”.*

Se advierte con claridad que la naturaleza prístina del Consejo económico y Social es la de institución consultiva. Y sobre ésta función, valgan las palabras que Granado Hijelmo dedica a la función consultiva en general, antes de adentrarse en la de índole jurídico que representa el Consejo de estado y los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas: “el sutil mecanismo de la legitimación del ejercicio diario del poder se ha construido históricamente a través del esquema básico de todo dialogo humano: la pregunta y la respuesta, pues, como, en un alarde de concisión, ha esquematizado Alvaro D’Ors, sólo pregunta quién puede y responde quien sabe. Pertenece, en efecto, a la esencia de la potestad el poder de interrogar a quienes saben sobre el sentido de la acción de gobierno, es decir, en torno a lo que puede o debe hacerse o ha de ser omitido, o acerca de lo que hay que ordenar, prohibir o tolerar. Y

es propio de quienes -por saber- ostentan la autoridad, contestar a esas preguntas con autorizadas respuestas, basadas en la razón”<sup>12</sup>.

Lógicamente, como se deduce a primera vista de la función consultiva principal, la emisión de dictámenes preceptivos sobre anteproyectos de Ley, la principal dificultad que entraña el ámbito de aplicación de su función, estriba en la interpretación del concepto jurídico indeterminado “*que regulen materias económicas y sociales*”. De cuales considere el ejecutivo autonómico sean esas materias económicas y sociales, dependerá la amplitud de la función consultiva de la institución.

Sin dejar se criticar tan abierta fórmula legal, y aun admitiendo que se reproduce de manera casi idéntica en el resto de leyes reguladoras de los CES autonómicos, y aun en el estatal, debemos aportar que creemos que dada la naturaleza de institución de participación de los agentes sociales y resto de la sociedad civil institucionalizada en el proceso de elaboración normativa, no cabe otra interpretación que la más extensiva posible, aplicando a las dudas interpretativas el brocardo “*odiosa sunt restringenda*”, o “*in dubio pro cive*”.

---

<sup>12</sup> Granada Hijelmo, I.: “La función de los Consejos consultivos: (una reflexión de bienvenida al Consejo de Navarra)”, *Revista jurídica de Navarra*, Nº 28, 1999, pág. 44.



Esta interpretación extensiva conlleva a entender que por materia económica y social, no sólo tiene que entenderse aquella cuyo *nomen iuris* haga referencia a cualquiera de las que cabalmente se entienden comprendidas en estas, sino que atendiendo a los efectos esperados que produzca la norma una vez emanada, debemos entender que salvo las normas de pura autoorganización de la administración, cualquier norma de regulación, aplicación o ejecución de políticas públicas, con rango de Ley, tiene suficiente entidad y repercusión social y previsiblemente económica, como para que se ofrezca a la participación en su elaboración de los agentes sociales y resto de la sociedad civil a través del CES.

En concreto, para discernir las materias económicas y sociales, se podría partir, por analogía, admitiendo como “núcleo duro” e indiscutible, aquellas efectivamente relacionadas en el artículo 7.1.3 de la Ley estatal reguladora del CES de España, Ley 21/1991, de 17 de junio. En el mismo, se recogen, como materias susceptibles de que el CES estatal elabore, a solicitud del Gobierno o de sus miembros, o por propia iniciativa, estudios o informes que, en el marco de los intereses económicos y sociales que son propios de los interlocutores sociales, las siguientes:

Economía; Fiscalidad; Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social; Asuntos y Servicios Sociales; Agricultura, caza y pesca; Universidad, Educación y Cultura; Salud y Consumo; Medio Ambiente; Transporte y Comunicaciones; Industria, Energía y minería;

Vivienda; Desarrollo Regional; Comercio interior, Mercado Único Europeo y Cooperación para el Desarrollo.

En todo caso, también puede encuadrarse la materia socio-económica, de consulta preceptiva, de manera negativa, como sugiere Aguiló Crespí<sup>13</sup>, para quien no serían de consulta obligada al CES solamente aquellos proyectos de normas para los que no fuera obligado el trámite de audiencia, bien porque sean puramente organizativas, bien porque existan graves razones de interés público que exijan la omisión de ese trámite (artículo 66.4 de la ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura); los que vengán destinados a un sujeto o conjunto de sujetos concretos; los que no afecten a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, y por lo tanto no tengan un interés regional; los que tengan por objeto la modificación puntual de una norma, que no afecte a la esencia de la misma, y que ya haya sido consultada al CES, y deberíamos de añadir, aquellos que expresamente se excluyan en su Ley de creación, como sucede con la Ley de presupuestos en el caso de la norma reguladora extremeña.

La falta de consulta al Consejo económico y Social, restringida como está su función a los anteproyectos de

---

<sup>13</sup> Aguiló Crespí, P.: *El marc jurídic del Consell Econòmic i Social de les Illes Balears*, Ed. Institut d'estudis Autònomic, Palma de Mallorca, 2005, págs. 164 y 165.



Ley, no tiene mayor repercusión que la de empobrecer la participación en su elaboración, sin que jurídicamente tenga otra repercusión, al ser el texto no consultado, objeto de deliberación y aprobación en la Asamblea de Extremadura con el resultado que obtenga.

No obstante lo anterior, no ha sido infrecuente que esta falta de consulta al Consejo Económico y Social haya sido advertida y recriminada por el extinto Consejo Consultivo de Extremadura, que tuvo que hacer alguna, afortunadamente muy poco habitual, reflexión al respecto: *“El expediente sobre el Anteproyecto de Ley que queda reflejado en el encabezamiento ha seguido los trámites, formalidades y requisitos normativamente exigidos en el artículo 69 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sin otra salvedad que la ausencia del muy importante y preceptivo Dictamen del Consejo Económico y Social de Extremadura.*

*Recordemos a este punto que la Constitución Española, desde los Principios Generales de su Título Preliminar, impone a los poderes públicos el deber de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

*Precisamente, con referencia en tales previsiones, siguiendo el mandato constitucional, nuestro legislador autonómico crea con la Ley 3/1991, de 25 de Abril, el Consejo Económico y Social de Extremadura, institución que vehicula y encauza los principios de participación y de promoción social y económica de*

*relevancia estatutaria, ex artículo 6.2. apartado c) y d) de nuestra norma institucional básica.*

*Desde esta perspectiva, el CES de Extremadura se constituye con su ley de creación como institución de autogobierno conectada con la formación de la "voluntad política" de la Comunidad Autónoma de Extremadura, desplegando su actividad en los terrenos más próximos al proceso de predefinición de las políticas económicas, sociales y laborales, en relación a las cuales el Consejo, a través de sus informes y preceptivos dictámenes, habrá de expresar sus criterios en torno a la oportunidad, conveniencia e idoneidad de las disposiciones con rango de Ley y planes y programas que promueva el Ejecutivo regional, en relación a los intereses colectivos representados en el Consejo y en la línea, precisamente, de facilitar el cumplimiento de sus fines: propiciar la participación de los agentes económicos y sociales en la elaboración de las normas con rango de Ley y servir a la Comunidad Autónoma como órgano consultivo en materia económica y social de la Junta de Extremadura (artículo 2.1 de su Ley).*

*No parece por tanto razonable, ni conforme con esta concepción del Consejo Económico y Social de Extremadura, el que se sustraiga de su conocimiento previo un anteproyecto de Ley de la naturaleza del que es ahora objeto de Dictamen por este Consejo Consultivo. Dicha ausencia de petición de dictamen constituye una violación del artículo 5.1.1.a)*



*de su ley de creación, por lo que debemos pues valorar negativamente el que se le haya sustraído a su conocimiento, obviándose la oportuna solicitud de emisión de dictamen previo, toda vez que la regulación de la materia objeto del presente Dictamen no debe dejar de considerarse como un importante instrumento normativo que introduce, como veremos más adelante, elementos estatutarios de políticas públicas en favor de los consumidores, pronunciamientos, en definitiva, con contenido y trascendencia evidentemente económica y social.”<sup>14</sup>*

Por supuesto, los dictámenes del CES deben ser siempre no vinculantes. Se trata, en palabras de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, de ser “*órganos de apoyo a la acción de gobierno, pero sin condicionarla ni controlarla*”.

Su prestigio debe basarse, pues, en la calidad y relevancia de sus dictámenes, en la *auctoritas* que supone la opinión cualificada de instituciones que participan y contribuyen en la vida pública.

De nuevo el que fuera presidente del Tribunal Constitucional, así lo refrenda: “*el prestigio del organismo ante los poderes públicos, ante las fuerzas económicas y sociales y ante la opinión pública, es el que*

---

<sup>14</sup> Dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura nº 442 /2009, de 22 de diciembre de 2009, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección de los Consumidores y Usuarios en materia de Telefonía Móvil en la Comunidad Autónoma. En similar sentido, vid. Dictamen Nº 122/2009, de 11 de junio de 2009.

*asegura que las opiniones de estos órganos no dejen indiferentes al Gobierno o al Parlamento, y el que garanticen la presencia efectiva del Consejo económico y Social en nuestro sistema político estatal y regional, y en la actuación de los poderes públicos en materia socioeconómica y laboral”<sup>15</sup>.*

Otra cuestión sobre la que debemos pronunciarnos es sobre el contenido de los dictámenes del CES. Dada la existencia de una institución estatutaria consultiva como el Consejo Consultivo de Extremadura (actualmente repartidas sus competencias entre el Consejo de estado y la Comisión jurídica de Extremadura), que emite sus dictámenes *“sobre la adecuación a la Constitución, al presente Estatuto y al resto del ordenamiento jurídico”*<sup>16</sup>, es decir, en Derecho, teniendo vedada precisamente la posibilidad de *“conocer los aspectos de oportunidad y conveniencia salvo que le sea solicitado expresamente”* del objeto dictaminado, creemos que la función del CES, y el contenido de sus dictámenes debe ser precisamente la inversa, para evitar duplicidades innecesarias, y aportar la visión de oportunidad y conveniencia de los anteproyectos y

---

<sup>15</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: *El papel institucional de los Consejos Económicos y sociales*, Conferencia pronunciada en la sede de la Asamblea de Extremadura el 27 de noviembre de 1992, Ed. Asamblea de Extremadura, Mérida, 1992, pág. 10.

<sup>16</sup> Artículo 45.2 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.



proyectos normativos que los agentes sociales deben proporcionar al consultante.

Reiteramos, el CES debe limitarse en sus dictámenes, a ofrecer lo que ninguna institución consultiva puede, consideraciones de oportunidad, conveniencia e idoneidad de las normas sometidas a su consulta, sin entrar a valorar sus aspectos jurídicos, sean formales o materiales, función esa, para la que, en el caso de Extremadura, sea la Comisión jurídica, sea el Consejo de estado, gozan de completa especialización.

Se consulta a los agentes sociales y al resto de instituciones de la sociedad civil, para que aporten en el procedimiento de elaboración de normas, su visión sobre las mismas, sobre la implementación de las políticas públicas, sus efectos y repercusiones, como muestra y plasmación del paradigma del buen gobierno. Como insiste De Vega, "piénsese en la importancia de que los poderes públicos escuchen las posiciones de los sectores sociales y económicos; (...) su participación en la búsqueda de soluciones a los problemas socioeconómicos y laborales, desarrollando una función no sustitutiva, sino complementaria, auxiliar e integradora"<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> De Vega, A. S.: "Primeras reflexiones sobre el Consejo Económico y Social", *Revista de Estudios Políticos*, num. 80, Abril-junio 1993, pág. 161.

#### **IV.- A MODO DE CONCLUSIÓN: PERSPECTIVAS DE FUTURO Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA A LOS 30 AÑOS DE SU LEY REGULADORA.**

Además de la función principal de emisión de Dictámenes en respuesta a consultas del Gobierno regional, el CES extremeño, como el resto de sus análogos autonómicos<sup>18</sup>, tienen entre sus funciones, conferidas legalmente, la de elaborar, a solicitud del Gobierno o por propia iniciativa, estudios o informes en el marco de los intereses que le son propios y elaborar y elevar anualmente al Gobierno una Memoria en la que se refleje sus consideraciones sobre la situación socio-económica de la región.

Ambos cometidos han sido llevados a cabo eficazmente por el CES extremeño durante sus años de existencia. En relación con los informes y estudios realizados a iniciativa propia, se han elaborado estudios publicados sobre la inmigración en Extremadura, la situación sociolaboral de la mujer en Extremadura, la inserción laboral de las personas con discapacidad, o

---

<sup>18</sup> Cfr., Madrid Conesa, F.: *Naturaleza jurídica de los C.E.S. autonómicos*. Ed. Consejos Económicos y Sociales de las Comunidades Autónomas. Murcia, 1998, pág. 26.



sobre el cambio demográfico, su evolución, proyecciones y efectos socioeconómicos en Extremadura<sup>19</sup>.

Y en cuanto a la memoria anual sobre la situación socioeconómica de la Comunidad Autónoma de Extremadura, se ha revelado como un instrumento y herramienta de análisis socioeconómico de primer orden y alto valor informativo y divulgativo.

Por último, no podemos terminar sin formular una modesta propuesta *de lege ferenda*, buscando una mayor utilidad si cabe a la institución que celebramos, y que redundaría sin duda en

En primer lugar, el actual status que el Estatuto de Autonomía confiere al CES regional, debería conllevar una necesaria modificación de su Ley reguladora, para adaptarla al nuevo texto y mandato estatutario.

En dicha modificación legislativa sería muy conveniente que en la que estimamos es su función principal, la consultiva mediante dictámenes preceptivos sobre proyectos normativos, se ampliase en la nueva norma su ámbito de actuación a la exigencia de Dictamen preceptivo y no vinculante sobre los proyectos de reglamentos de desarrollo de Ley con rango de Decreto<sup>20</sup>, a modo y manera de lo que se recoge en otras

---

<sup>19</sup> Disponibles en <http://www.cesextremadura.es/index.html>

<sup>20</sup> Excluyendo, como hasta ahora, las disposiciones administrativas con rango inferior, las Ordenes, por cuando, como afirma Vélez Toro, el CES "no puede informar en al génesis de una serie de normas que se leimitan a detalles de

Leyes autonómicas reguladoras de Consejos Económicos y sociales, ya que sin duda otorgaría una garantía adicional en el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias.

Esta modificación profundizaría sobremanera en la rentabilidad de una institución como el CES, que en la actualidad, al ser la consulta en materia de proyectos de reglamento facultativa y potestativa por el Gobierno regional, apenas es utilizada, lo que supone que en la práctica sólo se consulte al CES en los casos preceptivos de anteproyectos de Ley.

A nadie se escapa que gran parte de la actividad promocional, por poner un ejemplo significativo, que realiza la administración, se realiza por vía de reglamentos, por lo que la opinión y la participación de los agentes sociales en esas normas sería de enorme utilidad. Desarrollando este argumento, basta recordar que la actividad de fomento de las autonomías básicamente se formula mediante Decretos por los que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones.

Por otro lado, podría valorarse igualmente la conveniencia de que se ampliase la función consultiva a

---

la implementación de lo ya promulgado a través de Leyes y Decretos de desarrollo". Cfr. Vélez Toro, A.: "Comentario a la Ley del Consejo Económico y social de Andalucía", LA LEY 2194/2001, Actualidad administrativa, Nº 8, 1999, págs. 193-218.



los Decretos leyes autonómicos. Recordemos al respecto que el estatuto de Autonomía de Extremadura, siempre en su modificación vigente de 2011, recoge en su artículo 33 la siguiente previsión sobre la legislación de urgencia:

“1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, la Junta de Extremadura puede dictar disposiciones legislativas provisionales bajo la forma de Decreto-ley.

2. No pueden ser objeto de Decreto-ley la reforma del Estatuto, las leyes de presupuestos o las materias objeto de leyes para las que se requiera una mayoría cualificada.

3. Los Decretos-leyes quedan derogados si en el plazo improrrogable de un mes desde su publicación oficial no son convalidados por la Asamblea, tras su debate y en votación de totalidad.

4. La Asamblea puede tramitar los Decretos-leyes como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia, dentro del plazo establecido en el apartado anterior.”

En lo que ahora nos interesa, destaquemos que las garantías del procedimiento prelegislativo, que incluye los trámites generales o específicos que impongan las leyes sobre la elaboración de los anteproyectos legislativos, no se refieren a los Decretos Leyes, en una omisión expresa que no puede ser entendida de otra forma que la consciente voluntad de excluir a estas normas de urgencia con rango de Ley, de dichos trámites.

Así, ni la Ley 40/2015, de 1 de octubre, reguladora del sector público, ni la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y mucho menos, nuestra Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la administración autonómica, anterior a la actual redacción estatutaria, recogen los trámites previos a la elaboración de los Decretos leyes, precisamente, por la naturaleza de urgencia que preside esta figura, y que hace incompatible esa urgencia con la elaboración del expediente normativo previsto para la elaboración de los proyectos de Ley.

De hecho en el extenso artículo 26 de la Ley 50/1997, modificada por la Ley 40/2015, en su apartado 11, se dispone que: "Lo dispuesto en este artículo y en el siguiente no será de aplicación para la tramitación y aprobación de decretos-leyes, a excepción de la elaboración de la memoria prevista en el apartado 3, con carácter abreviado, y lo establecido en los números 1, 8, 9 y 10."

Ello no obsta para que el Tribunal Constitucional se haya ocupado de recordar que la omisión de dichos trámites para la aprobación del Decreto Ley, no permite que no se forme dicho expediente, y que dichos trámites se cumplan antes de que se produzca su convalidación en el Parlamento, particularmente en el caso de Informes preceptivos no vinculantes y trámites de información pública o de audiencia.



Así, la STC 137/2003, de 3 de julio de 2003, en Recurso de inconstitucional Promovido por el Gobierno de Canarias contra el art. 34 del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, que modificó el tipo de gravamen del impuesto especial sobre determinados medios de transportes, en su FD 8º, indicaba:

*" (...) es claro que el Gobierno de la Nación debió reclamar del Parlamento canario el informe o audiencia previstos en la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Canarias. Y, en un supuesto como éste, debió obtenerse, tal y como dijimos en la STC 35/1984, de 13 de marzo (en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Canarias contra el Real Decreto-ley 1/1983, de 9 de febrero, por el que se derogaba la exacción sobre el precio de las gasolinas de automoción en las islas Canarias, Ceuta y Melilla), "antes de la convalidación del Real Decreto-ley de que se trata" (FJ 4). Informe o audiencia que, aunque, como señalamos en la tantas veces citada STC 16/2003, no tienen naturaleza vinculante -dicha naturaleza "no resulta ni "de la imagen de la institución que tuvo ante sí el constituyente" (STC 215/2000, de 18 de septiembre, FJ 6), ni de la expresa dicción de los preceptos de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad" (FJ 9) sí tienen carácter preceptivo, de manera que su omisión, tal y como concluimos en la STC 35/1984, constituye una violación que entraña la inconstitucionalidad de la norma impugnada".*

En atención a la anterior doctrina, nada impide por tanto, una modificación legislativa en la que se prevea la consulta al Consejo económico y Social de la legislación de urgencia aprobada por el ejecutivo regional con forma de Decreto Ley, y la obligación del Consejo de evacuar dicho Informe en un plazo máximo de, pongamos, 15 días, para su remisión a la Asamblea de Extremadura, para que se incorpore al expediente de convalidación de dicho Decreto Ley por el Parlamento autonómico.

Aunque no pueden descartarse otros fines que sirvan para dar mayor utilidad aun a la institución, como la posibilidad de que se incluya en su norma reguladora la facultad de ser destinatario de peticiones al amparo de la Ley orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de petición, con el fin de promover la adopción de medidas por iniciativa propia, función explorada en su día por Ibañez García<sup>21</sup>, estimamos que sería en todo caso, un refuerzo residual, por lo que entendemos que bastan ya estas apretadas páginas, con las sugerencias que en ellas se vierten, para vindicar una institución que ha demostrado en los 30 años que lleva funcionando en Extremadura, su valía, experiencia y utilidad, muy por encima de su exiguo coste.

---

<sup>21</sup> Ibañez García, I.: "¿Son los órganos públicos consultivos destinatarios de peticiones? Especial referencia al Consejo económico y Social", LA LEY 1647/2003, *Actualidad administrativa*, Nº 40, 2003, págs. 959-972



## V.- BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ CRESPI, P.: *El marc jurídic del Consell Econòmic i Social de les Illes Balears*, Ed. Institut d'estudis Autònoms, Palma de Mallorca, 2005.
- ARAGÓN REYES, M.: "El Conejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid", *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Nº. 1, 1999
- DE VEGA, A. S.: "Primeras reflexiones sobre el Consejo Económico y Social", *Revista de Estudios Políticos*, num. 80, Abril-junio 1993
- GRANADO HIJELMO, I.: "La función de los Consejos consultivos: (una reflexión de bienvenida al Consejo de Navarra)", *Revista jurídica de Navarra*, Nº 28, 1999.
- HELLER, H.: "Staat", *Handwörterbuch der Soziologie*, Alfred Vierkandt (Hg.), unveränderter Neudruck, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1959 (1ª edición 1931)
- IBAÑEZ GARCÍA, I.: "¿Son los órganos públicos consultivos destinatarios de peticiones? Especial referencia al Consejo económico y Social", *LA LEY 1647/2003, Actualidad administrativa*, Nº 40, 2003

- PANIAGUA REDONDO, R.: *La reforma del Consejo Económico y social de las naciones Unidas (1945-2000)*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- RÍOS, A.: "Los Consejos Económicos y Sociales en los países europeos", en OJEDA AVILÉS, A. (Coord.): *Los Consejos económicos y Sociales*, Ed. Trotta, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *El papel institucional de los Consejos Económicos y sociales*, Conferencia pronunciada en la sede de la Asamblea de Extremadura el 27 de noviembre de 1992, Ed. Asamblea de Extremadura, Mérida, 1992.
- SIERRA CRISTÓBAL, R.: *El Comité Económico y social de las Comunidades Europeas*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- VÉLEZ TORO, A.: "Comentario a la Ley del Consejo Económico y social de Andalucía", LA LEY 2194/2001, *Actualidad administrativa*, Nº 8, 1999, págs. 193-218.



## **OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: PARÁMETROS OBJETIVOS, ONEROSIDAD Y CONVENIO LABORAL**

**D. Ignacio López González**

Técnico en contratación pública del Banco de España,  
Experto en Contratación Pública por la Universidad de  
Deusto y Máster en Contratación Pública por la  
Universidad de Castilla La Mancha (UCLM)<sup>1</sup>.

### **1. MARCO NORMATIVO ACTUAL**

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público (en adelante LCSP o “la Ley”) trae novedades en cuanto al tratamiento y definición de las ofertas anormalmente bajas<sup>2</sup> cuya regulación actual está contenida en el artículo 149 y que mantiene conexiones con:

---

<sup>1</sup> Las opiniones vertidas en el artículo doctrinal son personales y no representan necesariamente la posición oficial del organismo financiero

<sup>2</sup> Antes conocidas como “bajas temerarias”. La transposición de la Directiva 2004/18/CE a la legislación nacional sustituyó el término anterior de «baja temeraria» por el de «oferta con valores anormales o desproporcionados».



- los artículos 85 y 86 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP o "Reglamento").
- el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante DCP 24/2014).

Respecto a la RGLCAP, la aplicación del art.85 se produce cuando en la oferta que se presume anormalmente baja solo existe un único criterio de valoración que es el precio, y no hemos definido en los pliegos los parámetros objetivos de acuerdo con el artículo 149.2 de la LCSP. Hablaremos sobre los parámetros objetivos en el siguiente apartado.

En cuanto al tratamiento de las ofertas de empresas que pertenezcan al mismo grupo en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, las denominadas empresas vinculadas, actualmente no se necesita acudir al contenido del art. 86 del RGLCAP ya que se recoge directamente en el art. 149.3 de la LCSP siendo una mejora técnica en la redacción con respecto a la anterior regulación. Antes, con el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), teníamos que acudir al apartado 4 del art.145.2<sup>3</sup>, al art. 152, que sería nuestro actual art.

---

<sup>3</sup> Así rezaba el artículo 145.2, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRCLSP) "[...]En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas

149 de la LCSP, para acabar consultando el art. 86 del Reglamento.

Sin embargo, en la legislación europea, en el artículo 69<sup>4</sup> de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública no se definen los parámetros objetivos para calificar una oferta como anormalmente baja, dejándose esta tarea a los legisladores nacionales de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea.

Del análisis de los artículos y leyes mencionadas, con especial atención al art.149 de la LCSP, se extraen las siguientes novedades<sup>5</sup>:

- a) "La obligación de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.
- b) La necesidad de que el licitador justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta.

---

con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152."

<sup>4</sup> Así se desprende del Informe 3/2017, de 5 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la C.A de Aragón, cuya mención al art. 61 debe ser entendida al art.69.

<sup>5</sup> Ver comentario del art.149 de la LCSP en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL), Contratación del Sector Público Local. 4ª edición (2 tomos), Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, Madrid, 2017, págs. 802 y 803.



- c) La obligación del órgano de contratación de rechazar la oferta si comprueba que es anormalmente baja porque vulnera la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 LCSP.
- d) La consideración de que la justificación no explica satisfactoriamente el nivel de precios o costes propuestos por el licitador cuando ésta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.
- e) La prohibición de aceptar una oferta sin que la propuesta de la Mesa de contratación esté debidamente motivada.
- f) La obligación de rechazar las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.
- g) La obligación del órgano de contratación de establecer mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, cuando la empresa que hubiese estado incursa en presunción de anormalidad hubiera resultado adjudicataria del contrato, con el objetivo de garantizar la ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Las conclusiones mencionadas se relacionan con la LCSP de la siguiente manera: el apartado a) correspondería al art.

En mi opinión, lo más relevante y crucial de estas novedades es la obligatoriedad de definir los parámetros objetivos, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, para identificar las ofertas anormales o desproporcionadas; y por ello dedicaremos un apartado completo a este asunto.

Cabe destacar también, la preocupación sobre los criterios sociales, medioambientales o laborales que la DCP 24/2014 introdujo de una manera más eficiente que su predecesora<sup>7</sup>, y que se ve plasmado en nuestro derecho a través del art. 149.4. de la LCSP. No olvidemos que la contratación pública representa alrededor del 20%<sup>8</sup> del PIB nacional convirtiéndola en una herramienta muy importante para que los Gobiernos puedan llevar a cabo las políticas de esa naturaleza.

---

149.2; b), c) y d) con el art. 149.4; e) y f) con el art.149.6; y g) con el art.149.7.

<sup>7</sup> Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

<sup>8</sup> Véase, CNMC - COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: "Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España", pág. 6 "Introducción" y sus notas al pie, 7 de febrero de 2019. <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00418> [Fecha última consulta: 27/05/2019]



## 2. LOS PARÁMETROS OBJETIVOS: EL EPICENTRO

### ***2.1 Definición de los parámetros objetivos o ausencia de ellos: único criterio de adjudicación (precio) o pluralidad de criterios***

Cómo bien indicamos en el apartado anterior, la piedra angular del análisis de las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas son los parámetros objetivos que el órgano de contratación definirá en los pliegos para poder establecer que una oferta es anormalmente baja.

La nueva LCSP ha dotado a dichos parámetros objetivos de una importancia superior al imponer la definición obligatoria de los mismos en los pliegos cualquiera que sea el tipo de procedimiento de adjudicación como indica su art. 149.2.: “La Mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anomalía, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal[...]”.

Cabe recordar el carácter potestativo de la definición de los parámetros objetivos con la anterior ley (TRLCSLP), en la que su artículo 152.2 establecía: “Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos [...]”. Sin embargo, se llegaba más lejos y también era potestativa la identificación de las ofertas anormalmente bajas cuando solo existía un único criterio precio para el que existían parámetros

reglamentariamente definidos<sup>9</sup> si no se había hecho en los pliegos. Así se desprende de la literalidad del artículo 152.1: “El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente [...]”. Como ejemplo, destaco la resolución 284/2016<sup>10</sup> del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales donde el órgano de contratación decidió no identificar ofertas anormalmente bajas cuando solo se había determinado el criterio precio para la adjudicación de las ofertas.

Volviendo a la actualidad que nos ocupa, la nueva LCSP impone el deber de definir los parámetros objetivos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya sometido a un solo al criterio del precio o a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta. Por tanto, nos encontramos dos casos:

- a) Cuando el único criterio de adjudicación sea el precio, si no se prevé en los pliegos, se aplicarán por defecto los parámetros objetivos reglamentariamente establecidos. Actualmente, el art. 85 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

---

<sup>9</sup> Ver artículo 85 de Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

<sup>10</sup> Léase:

[http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200220-2016%20\(Res%20284\)%2015-04-2016.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200220-2016%20(Res%20284)%2015-04-2016.pdf) [Fecha última consulta: 27/05/2019]



El mencionado artículo es difícil de comprender, y una vez entendido, pensamos que es una temeridad dejarnos guiar por él, por lo que recomendamos fehacientemente definir los parámetros objetivos en los pliegos independientemente que la adjudicación sea exclusivamente a precio. No obstante, se puede consultar el anexo 1<sup>11</sup> del presente trabajo, para una mejor comprensión.

Aprovechamos en este punto, para hacer un inciso sobre los contratos de servicios intensivos en mano de obra como pueden ser los servicios de limpieza. Para este tipo de contratos, el artículo 145.3 LCSP impone que el precio no puede ser el único criterio de adjudicación<sup>12</sup>.

- b) Cuando los criterios de adjudicación sean varios, solo permite que los parámetros objetivos aplicables se fijen en el pliego, sin existir parámetros establecidos reglamentariamente por defecto a los que acudir.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si el órgano de contratación no hubiera sido diligente e incumple la obligación de definir los parámetros objetivos en los pliegos?

---

<sup>11</sup> En el anexo 1 se reproduce un esquema explicativo del art.85 del RGLCAP.

<sup>12</sup> Resolución 702/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Ver: [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200653-2018%20\(Res%20702\)%2020-07-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200653-2018%20(Res%20702)%2020-07-2018.pdf) [fecha última consulta: 29/05/19]

En el caso a), cuando el único criterio de adjudicación es el precio, simplemente nos complicaríamos aplicando el artículo 85 del RGLCAP.

En el caso b), cuando los criterios de adjudicación sean varios no se puede aplicar supletoriamente el artículo 85 del RGLCAP como dictan diversas resoluciones<sup>13</sup>.

No obstante, al producirse la situación anterior no estaremos ante un vicio de nulidad como se desprende de la Resolución 1187/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales<sup>14</sup>: “[...]Así las cosas – como reconoce el propio órgano de contratación en su informe–, el PCAP incumplió la LCSP al impedir identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad, sin que, como parece dar a entender la recurrente en su escrito, sean aplicable las disposiciones reglamentarias para suplir la omisión, al ser el procedimiento de adjudicación por varios criterios de adjudicación y no solo por el precio.”

Además, se da el caso que la recurrente no impugnó el vicio de los pliegos cuando debió hacerlo entendiéndose por aceptados los mismos en el momento que se presenta oferta.

---

<sup>13</sup> Véase Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado o diversas resoluciones como la nº 274/2011, de 26 de noviembre del TACRC.

<sup>14</sup>Léase:

[http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200993-2018%20IB%2071-2018%20\(Res%201187\)%2028-12-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200993-2018%20IB%2071-2018%20(Res%201187)%2028-12-2018.pdf) [fecha de última consulta: 27/05/2019]



“[...] el vicio ahora denunciado no fue impugnado cuando el licitador debió hacerlo, antes de presentar su oferta, pues al presentarla aceptó incondicionadamente y sin reserva alguna el PCAP (artículo 139.1 LCSP), por eso señala el artículo 50.1.b) de la LCSP que con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”

Por lo que podemos deducir, que este vicio del pliego es impugnabile si el recurrente presenta recurso antes de la presentación de ofertas, cuyas previsibles consecuencias serían la de suspensión del procedimiento hasta la modificación de los pliegos, volviendo a darse un nuevo plazo necesario para la presentación de ofertas tras la publicación de la corrección.

Continuando con el caso del que trata la Resolución 1187/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se resuelve que estaremos ante un caso de anulabilidad:

“Ha de señalarse que la jurisprudencia impone una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP<sup>15</sup>, siendo la regla la anulabilidad frente a la nulidad. Pues bien, el incumplimiento en el PCAP de lo dispuesto por el artículo 149.2 de la LCSP no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP,

---

<sup>15</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

siendo antes bien una infracción del ordenamiento jurídico que determina un defecto de forma en el procedimiento de adjudicación que hace que el acto de adjudicación carezca de un requisito formal –la apreciación de la viabilidad de la oferta– indispensable para alcanzar el fin de dar satisfacción al interés general que con la adjudicación se pretende, siendo por tanto es un vicio de anulabilidad y no de nulidad conforme a los artículos 40 de la LCSP y 48 de la LPACAP

No puede por tanto admitirse la pretensión extemporánea contra el PCAP por dicha causa.”

Ahora bien, vamos a situarnos en el momento de definir los parámetros objetivos en los pliegos, independientemente de que solo haya un único criterio de adjudicación (precio) o varios. Como bien sabéis, en el mundo de las contrataciones públicas no existe una fórmula mágica que sirva para todo. No obstante, daremos unas recomendaciones para llegar a buen fin.

Antes de empezar el análisis y validaciones de los parámetros objetivos en los pliegos debemos tener en cuenta tres acciones con carácter previo a su definición. Si bien puede sonar lógico, no está de más recordarlos ya que es la base para empezar con buen pie:

- En primer lugar, cada tipo de contrato puede requerir diferentes formulaciones de los parámetros objetivos dependiendo del sector, de la situación del mercado y de la economía en general. Para ello lo más práctico es contar con



una cláusula estándar<sup>16</sup> en la elaboración de los pliegos, y realizar modificaciones o añadir más parámetros objetivos según las condiciones mencionadas anteriormente.

- En segundo lugar, el órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 102<sup>17</sup> de la LCSP, debe realizar un análisis pormenorizado para realizar una correcta estimación del importe del contrato, atendiendo a los precios generales de mercado y fijar un precio adecuado para el efectivo cumplimiento del mismo, para que la aplicación en su caso, de las normas sobre ofertas anormalmente bajas arrojen resultados adecuados.
- Por último y no menos importante, asegurarnos que se han definido unas reglas de valoración adecuadas de los criterios de adjudicación, en especial el precio, evitando los errores de saciedad u otro tipo de fórmulas.<sup>18</sup> Las fórmulas

---

<sup>16</sup> En el anexo 2 del presente trabajo damos un ejemplo de cláusula estándar.

<sup>17</sup> Artículo 102.3 LCSP "Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios."

<sup>18</sup> FUEYO BROS, MANUEL, "Los criterios de adjudicación: aspectos prácticos para la valoración del precio", *V seminario*

linealmente proporcionales suelen ser las más sencillas y por lo general son suficientemente satisfactorias. Definirlo mal, impactará no solo en la licitación sino en posibles incoherencias en cuanto a la anormalidad de una oferta.

## ***2.2 Directrices extraídas de la Ley y Jurisprudencia para definir un adecuado parámetro objetivo***

A continuación, merece especial atención la lectura del Informe 11/2014<sup>19</sup>, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (JCCACA de Aragón) por la que el Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente realiza unas consultas sobre la validez del uso de unas fórmulas que definen los parámetros objetivos para determinar las ofertas anormalmente bajas en licitaciones con varios criterios de adjudicación. Si bien,

---

de Contratación Pública, Formigal (Huesca), 22-24 de Septiembre de 2014. Ver:

[http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos\\_10-M-Fueyo-Criterios-adjudicacion\\_1816c32b%232E%23pdf/chk.4a8bdbe85fca86782fb40d2a103cad6c](http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_10-M-Fueyo-Criterios-adjudicacion_1816c32b%232E%23pdf/chk.4a8bdbe85fca86782fb40d2a103cad6c) [fecha última consulta: 29/05/2019]

<sup>19</sup>[https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02\\_Informes\\_Actuaciones/INFORME%2011\\_2014.pdf](https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/INFORME%2011_2014.pdf)  
[Última consulta: 26/05/2019]



hace mención a la anterior ley vigente<sup>20</sup>, se pueden extraer conclusiones totalmente válidas para la LCSP 9/2017.

De la lectura del art. 152 del TRLCSP y del actual art. 149 de la LCSP se deduce que cuando se trata de licitaciones con un solo criterio de adjudicación (precio) el parámetro objetivo debe estar referido a la totalidad de las ofertas válidas presentadas. Remarcamos, a todas las ofertas válidas presentadas.

Sin embargo, tanto del literal del art.149.2. de la LCSP "b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto." como de la conclusión extraída del Informe 11/2014<sup>21</sup> de la JCCACA de Aragón sobre el art. 152 del TRLCSP, se deduce que para definir los parámetros objetivos cuando existen varios criterios de adjudicación no es necesario que esté referido a la totalidad de las ofertas válidas presentadas.

---

<sup>20</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>21</sup> "[...]Si estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación, debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen, vía pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como desproporcionada [...]"

Cómo no es necesario que esté referido a la totalidad de las ofertas válidas presentadas el mencionado Informe 11/2014 de 7 de mayo, de la JCCACA de Aragón abre un abanico de posibilidades al uso de fórmulas que no consistan exclusivamente en la media aritmética, sino también a otros estadísticos como la mediana, media acotada en valores extremos, desviación típica y percentiles.

“[...] La primera de las consultas se centra en la adecuación de una fórmula para establecer el umbral de anormalidad de las ofertas que no se fije únicamente en la baja media de las mismas, sino que elimine del cálculo aquellas ofertas cuya diferencia con la baja media en términos absolutos, sea superior a la desviación típica de las bajas.

En términos estadísticos la desviación típica es una medida de dispersión que sirve para analizar la variación de los valores de la variable en torno a un valor central como la media, es decir nos da una imagen más representativa de cómo se comporta una muestra de valores que si se toma únicamente como referencia el valor medio de ellos, y sirve para complementar y precisar la información que proporcionan otros estadísticos centrales como la media. Así, cuanto mayor sea la dispersión respecto de la media (mayor desviación típica), más alejados estarán los valores de la variable respecto de la media y por ello la media será menos representativa de los valores que la variable toma en el colectivo analizado.



Con este tipo de fórmulas que minimizan los efectos de ofertas que se dispersan en mucho (tanto por exceso como por defecto) de la media, se obtiene una visión más ajustada de cuál es la oferta media que apriorísticamente nos da la referencia de oferta normal [...]”.

Mencionar que cuando solo existe un único criterio de adjudicación precio, el artículo 85 RGLCAP en sus apartados 3 y 4<sup>22</sup> excluye ofertas del cálculo de la media si exceden en más de diez unidades porcentuales a dicha media. Por lo que el propio legislador evita el efecto distorsionador.

[...]De igual modo, no habría inconveniente en establecer un parámetro que, por su objetividad, fijara el umbral de anormalidad en relación a la mediana [...]

[...] o que se tomara como umbral de anormalidad en función de un determinado percentil de las ofertas, con

---

<sup>22</sup> Art.85 RGLCAP: “3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales. 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.”

la única condición que figure explicitado claramente en los pliegos [...]

Por tanto, se concluye que se pueden utilizar variables estadísticas diferentes a la media con la posibilidad de excluir los valores extremos para reducir los posibles efectos distorsionadores.

El meritado Informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (JCCACA de Aragón) añade una serie de cautelas para construir un parámetro objetivo adecuado. No recomienda que se establezcan porcentajes muy pequeños de desviación para considerar una oferta como anormalmente baja o desproporcionada porque puede inducir a los licitadores a una estrategia de alza de precios contraria al principio de oferta económicamente más ventajosa. En esta dirección se ha pronunciado también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 315/2016:

“En el PPT se definen los trabajos objeto del contrato (artículos 5 a 24) y, en los artículos 25 a 30, se detallan los medios personales requeridos para los servicios a contratar. En ninguno de ellos se detalla el cálculo del coste. Respecto al personal, se precisa el número de trabajadores y su cualificación, lo que puede permitir a los licitadores un cálculo preciso del coste salarial. Pero, a la vista de las categorías del personal y del convenio aplicable al personal a subrogar (centros especiales de empleo), los costes salariales no tienen por qué alcanzar hasta casi el 85% del presupuesto de licitación.



En estas condiciones, establecer un margen de sólo el 5% para definir las ofertas incursas en presunción de temeridad debe entenderse contrario al principio de concurrencia, en la medida que no está acreditado que el presupuesto de licitación esté muy ajustado a las condiciones del mercado y de que un margen tan estrecho como el del 5% no incentiva, sino que más bien obstaculiza la presentación de ofertas competitivas en el precio.”

Dicho Tribunal estimó el recurso para anular las cláusulas de los pliegos, referentes a los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, y retrotraer las actuaciones al momento anterior a la aprobación de los pliegos que rigen la licitación

Del mismo modo, debemos alejarnos de la práctica de establecer un “umbral máximo de competencia” con carácter previo<sup>23</sup>. Es decir, los parámetros objetivos deben referenciarse a las aún desconocidas ofertas, y no a una magnitud que pueda ser conocida con anterioridad a la presentación de las ofertas.

Así el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARC PV), en su Resolución 80/2014<sup>24</sup>, estima un recurso contra la fijación en los pliegos de un umbral de temeridad del 10% sobre el precio de licitación, al considerar que una interpretación sistemática de los apartados 1 y 2 del artículo 152 de

---

<sup>23</sup> Es decir, que pueda ser calculado con certeza por el licitador al ser un dato conocido con carácter previo a la presentación de las ofertas. Ejemplo: un porcentaje sobre el presupuesto base de licitación.

<sup>24</sup>Véase: [http://www.contratacion.euskadi.eus/w323084/es/contenidos/resolucion\\_oarc/80\\_2014/es\\_def/adjuntos/Resolucion80\\_2014.pdf](http://www.contratacion.euskadi.eus/w323084/es/contenidos/resolucion_oarc/80_2014/es_def/adjuntos/Resolucion80_2014.pdf) [Fecha última consulta: 27/05/2019].

TRLCSP “nos lleva a considerar que los límites objetivos tienen que estar referenciados al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y no a parámetros o límites que expresen y den a conocer de antemano el umbral de anormalidad, como sucede en los pliegos del contrato objeto de recurso.”

La Comisión Nacional de la Competencia, actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia llega a la misma conclusión<sup>25</sup> sobre los umbrales máximos de competencia establecidos con carácter previo:

“10. Conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas. Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el “umbral máximo de competencia”, esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada. La revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que los “umbrales de temeridad” de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que, como se ha indicado anteriormente, la eliminación de las ofertas anormales se lleve a cabo mediante mecanismos que minimicen las

---

<sup>25</sup> Véase, CNMC - COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (Antes CNC – Comisión Nacional de la Competencia), *Guía sobre la Contratación Pública y Competencia*, 2010



posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios [...]»

Recapitulando, podemos decir que estamos reuniendo los ingredientes para poder formular adecuadamente unos parámetros objetivos para considerar una oferta como anormalmente baja, en el que se han validado determinados estadísticos diferentes a la media, la necesidad de tener en cuenta las condiciones de mercado y naturaleza de la licitación, entre otros, y a su vez; evitar establecer umbrales de temeridad<sup>26</sup> o porcentajes muy pequeños<sup>27</sup> de desviación para considerar una oferta como anormalmente baja.

### **2.3 Análisis de los parámetros objetivos**

Pues bien, el último paso que nos queda es estudiar la consistencia de las fórmulas que definamos y si el resultado es lógico con lo que buscamos. Para ello, vamos a destacar un estudio reciente<sup>28</sup> que se ha publicado en la página del Observatorio de Contratación Pública el 13 de mayo de 2019.

En dicho estudio se demuestra el fallo de una fórmula bastante extendida cuando existen varios criterios de

---

<sup>26</sup> Ver también Resolución 315/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

<sup>27</sup> Informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

<sup>28</sup> NARBONA SARRIA, MANUEL, "La temeridad y las ofertas buenas, bonitas y baratas", marzo 2019, disponible en *Observatorio de contratación pública desde 13/05/2019*. Web: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.496/reلمenu.3/chk.658b0bd48cedcc485a3c3516c6860332> [Fecha última consulta: 29/05/2019]

adjudicación, se analiza posteriormente el art. 85 RGLCAP<sup>29</sup> para probar que no es necesario distinguir por el número de licitadores y se llama la atención con un ejemplo práctico de los posibles resultados incongruentes.

Finalmente, se da una interpretación sobre el significado de “la oferta considerada en su conjunto”<sup>30</sup> y reglas que corrigen los errores detectados que incorporaremos a los ingredientes que hemos mencionado en anteriores párrafos.

La fórmula extendida a evitar es configurar la cláusula de ofertas anormalmente bajas sin definir una condición únicamente referenciada al precio:

“Se considerará anormalmente baja cuando cumpla las dos siguientes condiciones:

Condición 1: que la oferta económica sea un 25 % más baja que el presupuesto base de licitación (PBL) y  
Condición 2. que la puntuación que le corresponde en el resto de los criterios de adjudicación diferentes del precio sea superior al 90 % de la puntuación total establecida para éstos en el pliego.”

---

<sup>29</sup> Cómo hemos mencionado a lo largo del presente trabajo, solo aplica cuando no hemos definido los parámetros objetivos en el pliego y se trata de una licitación con un solo criterio de adjudicación (precio).

<sup>30</sup> Art. 149.2 de la LCSP, apartado b). Pluralidad de criterios de adjudicación.



Se pueden dar situaciones incongruentes como que una empresa con un precio que represente el 20% del presupuesto de la licitación no sea anormalmente bajo.<sup>31</sup>

Por lo tanto, tiene que haber otra condición adicional que considere que a partir de un precio es anormalmente baja independientemente de la calidad. Dicho esto, las condiciones deben ser del siguiente tipo como menciona Manuel Narbona:

“[...] 1. determinar la condición de temeridad para el precio por debajo del cual cualquier oferta es temeraria con independencia de los otros criterios, y 2. determinar otras condiciones de temeridad en las que estén implicados, además del precio, los otros criterios.”<sup>32</sup>

Por otra parte, a título propio añadido la siguiente cuestión, ¿qué ocurre si una oferta económica tiene varios subcriterios?

En mi opinión, interpretando la libertad que da el legislador para definir los parámetros objetivos, será el órgano de contratación quien decida si es por la totalidad o por cada uno de los subcomponentes mencionándolo en el pliego. Personalmente, me inclinaría por la totalidad de la oferta económica, para dar más flexibilidad al licitador en la asignación de sus costes y aumentar así la probabilidad de obtener ofertas más competitivas. Para evitar la picaresca del licitador ponderaría adecuadamente los subcriterios de la oferta económica como veremos en otro apartado cuando hablemos de la onerosidad de las ofertas.

---

<sup>31</sup> Consultar los cálculos en el estudio mencionado de Manuel Narbona en la nota al pie 27.

<sup>32</sup> En el anexo 2 de este trabajo proponemos una redacción para los pliegos.

Otra herramienta que tienen los órganos de contratación para asegurar una mínima calidad aparte de la solvencia y los requisitos mínimos técnicos y no técnicos que se puedan establecer en los pliegos, es la novedosa adjudicación en fases, cuyo artículo 146.3 se redactada como sigue: "Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo. Cuando, por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia."

Personalmente, no recomiendo usar mucho esta herramienta porque necesita de una detallada justificación de criterios cualitativos para excluir a un licitador, y si no está bien justificado, puede ser "carne de recurso".

Encontramos, interesante destacar que se entiende por "la oferta considerada en su conjunto" cuando existe una pluralidad de criterios. A mi parecer, existen dos interpretaciones:



- Considerar todos los criterios de adjudicación para definir los parámetros objetivos.
- Considerar solo los criterios de adjudicación que impactan económicamente en la oferta.<sup>33</sup>

La segunda opción propuesta por Manuel Narbona se desarrolla de la siguiente forma:

"[...] Un requisito de solvencia representa un requisito obligatorio del objeto del contrato; por ejemplo, una experiencia mínima de 5 años de las personas que forman el equipo de trabajo que ejecutará el servicio. Un criterio de adjudicación representa un requisito deseable, no obligatorio, del objeto del contrato; por ejemplo, que las personas que ejecutarán el servicio sean ingenieros superiores. Existen requisitos, obligatorios o deseables, que tiene una correspondencia directa con determinados costes para el licitador. Por ejemplo, que el equipo de trabajo sean en su mayoría ingenieros superiores tiene un coste determinado reflejado en el salario que, además, debe estar acorde con el convenio colectivo correspondiente. Otros requisitos no representan costes fácilmente identificables por el licitador, no son costes directos, pero igualmente el licitador los incluye en sus partidas de costes correspondientes. [...]"

Otros requisitos deseables, criterios de adjudicación, pueden no representar costes adicionales a los ya considerados por el licitador. Por ejemplo, "se valorará mediante determinada fórmula el equilibrio entre hombres y mujeres en la composición del equipo de trabajo". Si en el mercado de trabajo existen suficientes personas disponible de ambos sexos que pueden cumplir

---

<sup>33</sup> Mencionado por Manuel Narbona. Ver nota al pie 27.

las condiciones del contrato, para el licitador no supone costes adicionales presentar un equipo de trabajo que obtenga la máxima puntuación en este criterio. Así pues, en el precio el licitador incluye todos los costes a que les obliga las condiciones del concurso representados por los requisitos de solvencia y los criterios de adjudicación, otros costes internos del propio licitador necesarios para la ejecución del contrato si gana el concurso, y el beneficio que espera obtener.

Lo que está claro es que los requisitos de solvencia y los criterios de adjudicación del concurso que el órgano de contratación decide tener en consideración no representan todos los costes en que incurre el licitador y tampoco incluye el beneficio, que también forma parte del precio. Por tanto, es incorrecto decir que la "oferta considerada en su conjunto" se pueda representar por los requisitos de solvencia y los criterios de adjudicación que el órgano de contratación haya definido [...]"

En mi opinión, considero más práctico y sencillo incluir todos los criterios de adjudicación para definir los parámetros objetivos en la mayoría de las ocasiones como método por defecto; puesto que pensamos que no habrá mucha diferencia.

Solo cuando realmente haya un criterio concreto sin impacto económico, que tenga un importante peso y pueda realmente afectar a la anormalidad de las ofertas utilizaría el segundo método, que a priori será marginal y requerirá una mayor abstracción para el órgano de contratación.



Del análisis de las leyes, resoluciones, artículos mencionados y análisis propio podemos extraer las siguientes directrices:

- Con carácter previo a la definición de los parámetros objetivos asegurarnos de una estimación correcta del precio del contrato y definir las reglas de valoración de los criterios de adjudicación de una manera adecuada.
- Definir siempre en los pliegos los parámetros objetivos que califican una oferta como anormalmente baja o desproporcionada independientemente del número de criterios de adjudicación; teniendo en cuenta que cada tipo de contrato puede requerir diferentes formulaciones de los parámetros objetivos dependiendo del sector, de la situación del mercado y de la economía en general.
- La posibilidad de utilizar estadísticos diferentes de la media aritmética como la mediana, media acotada, que pueden ser más eficientes a la hora de eliminar distorsiones. Si bien, invitamos a la sencillez, donde la media aritmética puede ser útil en muchos tipos de licitaciones.
- Evitar establecer “umbrales de temeridad”. Los parámetros objetivos deben referenciarse a las aún desconocidas ofertas, y no a una magnitud que pueda ser conocida con anterioridad a la presentación de las ofertas.
- Evitar definir porcentajes muy pequeños de desviación para considerar una oferta como anormalmente baja. Ello obstaculiza la presentación de ofertas competitivas en el precio.
- Verificar en las licitaciones con una pluralidad de criterios de adjudicación la existencia de una condición adicional a la relación entre calidad-precio, que considere que a partir de un precio se

calificará de anormalmente baja independientemente de la calidad.

- Incluir todos los criterios de adjudicación para definir los parámetros objetivos en la mayoría de las ocasiones como método por defecto; y solo cuando realmente haya un criterio concreto sin impacto económico, que tenga un importante peso, considerar la opción de excluir ese criterio.
- La necesidad de justificar en el expediente los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja.

Cómo ha podido intuirse, los parámetros objetivos juegan un papel crucial, de ahí que en el Informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón se haga referencia y sea aplicable a la Ley vigente<sup>34</sup>:

“Por último, esta Junta considera que la elección, en su caso, por el órgano de contratación de los parámetros para considerar una oferta como desproporcionada debe justificarse en el expediente, recogándose en el informe al que hace referencia el artículo 22 TRLCSP. Y ello tanto por la previsión contenida en el artículo 109.4 TRLCSP — que obliga a justificar adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato—, como por garantía de los principios generales de publicidad y transparencia de las licitaciones.”

---

<sup>34</sup> Equivalente a los artículos 28 y 116 de la LCSP 9/2017.



### 3. APERTURA Y EXAMEN DE PROPOSICIONES

#### ***3.1 Proceso ordinario de apertura y examen de proposiciones***

Una vez terminadas las directrices para definir los parámetros objetivos que califican una oferta como anormalmente baja, nos aventuraremos a incluir dicha cláusula en los pliegos y poner en marcha una licitación. ¿Cuándo aplicarlos?

No vamos a entrar a explicar desde el inicio y con detalle, el proceso completo de la apertura y examen de las proposiciones ya que no es objeto de nuestro estudio. Vamos a partir de la situación de la apertura del sobre que contiene la propuesta económica y demás criterios automáticos de valoración que se realizan en acto público<sup>35</sup>, salvo para las licitaciones negociadas que se realiza en reunión interna.

Es en este momento cuando procederemos a valorar dichos criterios automáticos y la oferta económica, teniendo en cuenta que, si se trata de un procedimiento abierto o restringido, el análisis de los criterios sujetos a juicio de valor, si los hubiere, se habrán valorado en una fase anterior<sup>36</sup>. En las licitaciones con negociación o

---

<sup>35</sup> Ver art. 157.4 de la LCSP: "En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos."

<sup>36</sup> Ver art, 146.2 "[...]En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello [...]"

negociado sin publicación previa, ambos criterios, tanto los valorables mediante cifras o porcentajes como los sujetos a juicios de valor podrán valorarse conjuntamente.

Pues bien, una vez abierto el sobre que contiene la propuesta económica realizaremos los siguientes pasos:

1. Calcularemos los resultados de los parámetros objetivos de las ofertas para determinar si nos encontramos con ofertas anormalmente bajas.
2. Si existen empresas vinculadas<sup>37</sup>, nos quedaremos con la oferta más baja, excluyendo las restantes para el cálculo de dichos resultados.
3. Si del análisis, la Mesa o el órgano de contratación detectan ofertas incursas en presunción de anormalidad, abriremos un proceso contradictorio, de acuerdo con el art.149.4 de la LCSP, dando un plazo adecuado al licitador para que justifique su oferta. El trámite de audiencia al licitador es obligatorio, y no se le puede excluir directamente.<sup>38</sup>
4. Analizadas las justificaciones, se aprobarán o excluirán las ofertas de una manera motivada.
5. Ahora, y no antes, se valorará la puntuación de las ofertas económicas<sup>39</sup> sin tener en cuenta las

---

<sup>37</sup> Art. 149.3 de al LCSP

<sup>38</sup> Art. 149.1 LCSP: "En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo."

<sup>39</sup> Informe 163/2008, de 29 de septiembre, de la Abogacía General del Estado.



empresas excluidas, y de acuerdo con el artículo 150 de la LCSP, se procederá a realizar la clasificación<sup>40</sup> de las ofertas que superaron el paso anterior.

Continuaríamos el proceso requiriendo al mejor clasificado la documentación tal como indica el art.150.2 de la LCSP, siguiendo posteriormente los pasos de adjudicación (art 151 LCSP) y formalización del contrato (art.152 LCSP), entre otros.

Si finalmente, resultase adjudicataria una empresa que hubiese estado incurso en presunción de anormalidad el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados de seguimiento de la ejecución. Esta obligación, emanada del art.149.7 de la LCSP, pretende garantizar la correcta ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.

Hemos de reconocer que existen imprecisiones en la redacción de la LCSP en su art.150 que puede llevar a confusión sobre si se deben recalcular las puntuaciones con motivo de exclusión de una oferta anormalmente baja, si bien ya indicamos en el paso 5 que no hay recalculaciones, la reciente resolución nº 385/2019 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 19 de septiembre de 2019, resuelve el posible debate para mayor abundamiento.

*"[...] Podemos observar en este caso concreto como el artículo 150.1 manifiesta que "La mesa de contratación (...) clasificará por orden decreciente las propuestas presentadas (...)" cuando debería decir "las propuestas*

---

<sup>40</sup> Informe 3/2017, de 5 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la C.A de Aragón.

*admitidas”, toda vez que de lo contrario habría que clasificar también aquellas ofertas que han sido excluidas por falta de documentación administrativa o incumplimiento de los requisitos técnicos solicitados en el pliego, hecho este del todo inaceptable.*

*Las normas han de interpretarse tal y como establece el código Civil en su artículo 3.1 “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas [...]”.*

*“[...] Interpretar de otro modo este apartado del artículo 149, conllevaría a la desnaturalización de la calificación del criterio precio, toda vez que permitiría la presentación de ofertas temerarias sin posibilidad de justificación pero que permitirían la reducción de la proporcionalidad de la puntuación por este criterio al resto de ofertas, alterando así el principio general de la contratación pública de determinar y adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa en relación calidad-precio[...]”.*



### **3.2 Trámite de audiencia de las ofertas anormalmente bajas**

Han surgido dudas relacionadas con el plazo de trámite de audiencia para la justificación de la viabilidad de las ofertas anormalmente bajas.

En el mencionado art.149.4 habla de "plazo adecuado", sin ofrecernos mucha ayuda al respecto. La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en su artículo 69.1, "deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente" tampoco lo menciona. Mi última esperanza, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), tampoco fija el plazo. Estamos solos.

Una interpretación sería que debe fijarse ese plazo de audiencia en los pliegos, y de no definirlo, sería aplicable lo dispuesto en el art.82.2 de la Ley 39/2015 (LCAP), de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas: "Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes."

En mi opinión, no se debería aplicar la literalidad de este artículo, ni si quiera por los órganos de contratación que tengan la condición de Administración Pública.

El motivo, el contenido de la Resolución 406/2018<sup>41</sup>: “Así las cosas, el plazo concedido para presentar la justificación debe ser suficiente para permitir al licitador cuya oferta esté incurso en la presunción de anormalidad justificar razonadamente su viabilidad, (...)el plazo no precisa ser común para todos los licitadores requeridos, pues la justificación de cada licitador es individual y distinta de la de los demás, pues es distinta su oferta, y es apreciada igualmente de forma separada por el órgano de contratación, y no de forma comparativa con las demás justificaciones, por lo que no afecta al principio de igualdad y no discriminación el que los plazos de justificación se computen de forma distinta para cada licitador.

Es más, imponiendo un término temporal fijo al trámite de audiencia se está vulnerando tanto el principio de igualdad como el derecho de defensa. Así, el periodo en que los licitadores pueden formular su justificación será distinto en función de la fecha en que se haya realizado la notificación del requerimiento a cada uno, y de otro puede incluso impedir, con absoluta indefensión, la justificación misma, si la notificación se produce después de transcurrido el término.”

Al no precisar ser común el plazo para los licitadores cuyas ofertas están incursas en anormalidad, no veo recomendable definir un rango de días en el pliego.

---

<sup>41</sup> Resolución 406/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.



Nos encontramos en la era de la contratación electrónica y veo más de sentido común que al aplicar el art.43 de la LCAP<sup>42</sup>, sea la Mesa o el órgano de contratación quien decida el plazo de audiencia que puede variar según la complejidad de la oferta a justificar, sin necesidad de ser idéntico el plazo para todos los licitadores. Por tanto, no recomiendo fijarlo en los pliegos. No hemos hallado en la literatura, mención a una cantidad de días específicos. Dicho esto, para ser de utilidad, recomendaría establecer el plazo que normalmente el órgano fije para las subsanaciones adaptándolo a la complejidad de la oferta a justificar. En mi opinión, debería ser suficiente de 3 a 5 días hábiles desde la lectura de la notificación, para un número elevado de licitaciones, si bien se deberá adaptarse a la complejidad de las licitaciones y tipo de oferta a justificar siguiendo los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Tampoco vemos inconveniente que se pida más de una aclaración<sup>43</sup> a la viabilidad de la oferta a un mismo licitador.

---

<sup>42</sup> "Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido."

<sup>43</sup> Resolución 91/2019 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

### **3.3 Anomalía del procedimiento abierto simplificado<sup>44</sup>**

Sintetizando el procedimiento ordinario de apertura de ofertas y examen de proposiciones a partir del paso que nos interesa<sup>45</sup> si interpretamos literalmente los artículos 149 y 150 de la LCSP obtenemos el orden a seguir:

- 1) Exclusión de las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego, incluidas las ofertas anormalmente bajas.
- 2) Evaluación y clasificación de ofertas.

Sin embargo, cuando se analiza el procedimiento abierto simplificado en su art.159.4<sup>46</sup> de la LCSP, observamos que la secuencia procedimental es diferente con respecto a los otros procedimientos. Se puntúa primero y se analiza posteriormente si hay ofertas incursas en presunción de anormalidad.

---

<sup>44</sup> PINTOS SANTIAGO, JAIME, "Las ofertas anormalmente bajas y el procedimiento simplificado", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 113, enero-abril 2019, pags.477-499.

<sup>45</sup> Apartado 4.1 del presente trabajo: "Proceso ordinario de apertura y examen de proposiciones".

<sup>46</sup> Art 145.4.f "[...]En el caso de que la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación se presuma que es anormalmente baja por darse los supuestos previstos en el artículo 149, la mesa, realizadas las actuaciones recogidas en los puntos 1.º y 2.º anteriores, seguirá el procedimiento previsto en el citado artículo, si bien el plazo máximo para que justifique su oferta el licitador [...]".



Como ya indicamos en el apartado 4.1 del presente estudio, "Proceso ordinario de apertura y examen de proposiciones", lo correcto para evitar distorsiones es excluir las ofertas anormalmente bajas. De no hacerlo las puntuaciones serán diferentes porque hay criterios, como el precio, que se calculan con respecto a las otras empresas.

Cómo concluye Jaime Pintos en su artículo "Las ofertas anormalmente bajas y el procedimiento simplificado", no se debe seguir el tenor literal del art. 159.4 de la LCSP "[...] puede llevar a la posibilidad real de que en procedimientos de licitación de un contrato se dé la situación de adjudicaciones contrarias al deber de los poderes adjudicadores de seleccionar la oferta más ventajosa, lo que sería también contrario a Derecho. Ante esta situación, la Mesa de contratación debe eliminar totalmente la posibilidad de ese riesgo tomando para ello las medidas [...], pero entendiéndolo en todo caso que se debe pedir simultáneamente justificación a todas aquellas ofertas que estén en presunción de anormalidad y [...] puedan alterar el correcto desarrollo del trámite de ponderación y clasificación de las ofertas"

Además, debemos destacar, que la intencionalidad del procedimiento abierto simplificado, es ahorrar trámites y reducir plazos, pero en ningún momento se debe ir contra los principios generales de la contratación<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Art.1 de la LCSP.

## **4. ONEROSIDAD DE LAS OFERTAS Y CONVENIO LABORAL**

### ***4.1 Onerosidad de las ofertas***

De manera directa o colateral, merece atención la onerosidad de las ofertas en cuanto a la relación con las ofertas anormalmente bajas, o sin serlo, la recomendación de pedir aclaraciones a la oferta.

La onerosidad se define en el art. 2.1 de la LCSP, y se produce cuando el contratista tenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.

Cabe señalar que en licitaciones cuya oferta económica se divide en varios subcriterios, o que se ofertan diferentes perfiles profesionales precio/hora se han dado casos que el licitador ha ofertado gratuitamente o a precio muy por debajo de mercado, siendo totalmente admisibles. Así, lo contempla la Resolución 38/2018<sup>48</sup> del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el Acuerdo 61/2014<sup>49</sup>, de 8 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que, aunque se refieran al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRL CSP) son válidos para nuestro objetivo explicativo.

---

48

Ver:

<http://www.madrid.org/es/tacp/file/4017/download?token=YyQZMsgP> [fecha última consulta: 31/05/2019].

<sup>49</sup>[https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/TribunalAdministrativo/contenido\\_canal\\_trb\\_home/Acuerdo\\_061\\_2014.pdf](https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/TribunalAdministrativo/contenido_canal_trb_home/Acuerdo_061_2014.pdf) [fecha de última consulta: 31/05/2019].



Así en la Resolución 38/2018 el Tribunal considera admisible “[...] ofertar en un contrato de servicios por precio unitario, un precio de cero euros para una de las prestaciones. Entiende que esta posibilidad no es contraria a derecho ni anula la nota de onerosidad del contrato, en la medida que puede entenderse en el supuesto concreto objeto del recurso, que dicho coste se retribuye con cargo al precio general del contrato [...]”.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1187/2018, admite igualmente que el licitador oferte prestar gratuitamente alguno de los servicios incluidos en el contrato con la siguiente argumentación:

«Para que el contrato no sea oneroso no basta, como afirma la recurrente, que el adjudicatario no oferte precio, es decir preste gratuitamente, alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por lo que, conjuntamente, constituye la prestación objeto del contrato, el ente contratante ha de pagar un precio y con el que el contratista obtiene su beneficio. En fin, el como el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios –compensando unos con otros– responde a su estrategia legítima de oferta, de modo que el hecho de que –no impidiéndolo el PCAP– oferte algún precio unitario en cero euros, no convierte en su conjunto al contrato en gratuito.»

En la misma línea el Acuerdo 61/2014, admite que el precio/hora de una partida sea cero, y además añade que es correcto valorar al licitador en ese concepto con la máxima puntuación y al resto con puntuación cero: “La duda se suscita en la aplicación del criterio de

proporcionalidad para la asignación de la puntuación al resto de los licitadores, pues la proporcionalidad es una relación constante entre magnitudes medibles o cuantificables, siempre que la constante no sea cero (0). Pues en tal caso, el resultado es cero (0). Pero que el resultado de la proporción sea cero, no significa que no sea puntuable, como bien afirma el recurrente; significa que la puntuación al resto de licitadores, como consecuencia de la fórmula establecida para la proporción en el PCAPE, es cero (0). Es el PCAPE quien establece la fórmula con la que hay que hallar la proporcionalidad, y no el licitador, que se limita a presentar su oferta.

El órgano de contratación podía haber limitado el resultado de la proporción cero (0) en el propio PCAPE, solamente con la previsión de que aquellas ofertas con valor cero (0)“

De todas maneras, a la vista de las resoluciones no debemos caer en el error de creer que cualquier subcriterio de oferta económica a precio cero es válido. Sin ir más lejos, como novedad, una reciente resolución<sup>50</sup> no admite una oferta considerándola fraude de Ley.

“El Tribunal indica que «lo que no puede hacerse es formular una oferta que no se alinea con lo que en los pliegos claramente se pide en su formulación, con la finalidad clara de impedir la aplicación progresiva para la que están concebidas las fórmulas diseñadas para los criterios cuantificables mediante su aplicación. No solo

---

<sup>50</sup> Resolución 386/2019 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 17 de abril de 2019.



es que la oferta sea anormalmente baja, que lo es y cuya justificación no puede ser satisfactoria pues en sí misma se basa en la ocultación de costes o, más bien, en su imputación a la otra prestación por la que se ofrece otro precio, sino que claramente no se adecúa a lo que se pide en los pliegos para la oferta”.

Mi recomendación ante esta tesitura, es indicar en los pliegos con subcriterios en la oferta económica, que un subcriterio económico a cero euros sea entendido como 0,01 euros. Así nos evitamos que una oferta de 1 euro en un criterio presupuestado en 5.000 euros, por ejemplo, se valore a cero puntos porque exista otra oferta a gratuidad en esa partida. Como dijimos en el apartado 3 del presente trabajo “Parámetros objetivos”, podemos ver la importancia de los pasos de carácter previo, como es la definición de las reglas de valoración de los criterios de adjudicación, y ponderar dichos criterios de una manera inteligente para reducir el riesgo de picaresca de un licitador.

Asimismo, tenemos la herramienta de definir los parámetros objetivos en los pliegos para considerar una oferta anormalmente baja, pudiendo crear alguna regla para determinado subcriterio económico.

#### ***4.2 Convenio laboral: art. 149.4 in fine***

Una de las novedades de la LCSP, es la imposición como obligación a los órganos de contratación del rechazo de las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación, o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, incluyendo el incumplimiento de los convenios sectoriales vigentes. Del año y pocos meses que lleva la LCSP en vigor, el

rechazo de ofertas anormalmente bajas por este motivo es un asunto complejo en el procedimiento de adjudicación y la doctrina de los Tribunales<sup>51</sup> tanto el derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) como la actual LCSP 2017 han desestimado los recursos de exclusión por incumplimiento laboral exclusivamente, reservándolo para la fase de ejecución del contrato.

Como resolución modelo mencionar la nº 1119/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que hace referencia a numerosas resoluciones en esa dirección, y con la nueva ley en vigor destacamos la Resolución 315/2018 Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: "el PPT no puede obligar a someterse a un determinado convenio y la Seguridad social es una estimación ajustada a su previsión de contratación de personal con discapacidad o en riesgo de exclusión. Por lo tanto, este Tribunal considera que la decisión de exclusión de la oferta de la recurrente, excede de la discrecionalidad técnica que le es dada al órgano de contratación por lo que procede estimar el recurso." Por ejemplo, en una licitación de servicios de limpieza se puede haber estimado los costes laborales en los pliegos en base al convenio colectivo de limpieza de una determinada Comunidad Autónoma y el licitador se rige por el convenio de "Centros especiales de empleo".

---

<sup>51</sup> Ver Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: 284/2016 (punto 8), 150/2015, 528/2014, 83/2014, 634/2013, 136/2012(Imposibilidad de exclusión de ofertas por no cubrir costes salariales de convenio colectivo),66/2012, 136/2012.



## 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Llegados al final de nuestro estudio enfocado en el análisis de los parámetros objetivos que determinan si una oferta es considerada anormalmente baja llegamos a las siguientes conclusiones y recomendaciones.

### Parámetros objetivos:

- La obligatoriedad de definir los parámetros objetivos referidos a la oferta considerada en su conjunto que determinan si una oferta está incurso en presunción de anormalidad cuando existe una pluralidad de criterios de adjudicación; y la recomendación de definir siempre en los pliegos dichos parámetros independientemente que estemos ante un criterio de adjudicación (precio) o una pluralidad.
- Con carácter previo a la definición de los parámetros objetivos asegurarnos de una estimación correcta del precio del contrato y definir las reglas de valoración de los criterios de adjudicación de una manera adecuada. Tened en cuenta que cada tipo de contrato puede requerir diferentes formulaciones de los parámetros objetivos dependiendo del sector, de la situación del mercado y de la economía en general.
- La posibilidad de utilizar estadísticos diferentes de la media aritmética como la mediana, media acotada, que pueden ser más eficientes a la hora de eliminar distorsiones interpretando de manera no literal. Si bien, invitamos a la sencillez, donde la media aritmética puede ser útil en muchos tipos de licitaciones.
- Evitar establecer "umbrales de temeridad". Los parámetros objetivos deben referenciarse a las aún desconocidas ofertas, y no a una magnitud

que pueda ser conocida con anterioridad a la presentación de las ofertas.

- Evitar definir porcentajes muy pequeños de desviación para considerar una oferta como anormalmente baja. Ello obstaculiza la presentación de ofertas competitivas en el precio.
- Verificar en las licitaciones con una pluralidad de criterios de adjudicación la existencia de una condición adicional a la relación entre calidad-precio, que considere que a partir de un precio se calificará de anormalmente baja independientemente de la calidad.
- Incluir todos los criterios de adjudicación para definir los parámetros objetivos en la mayoría de las ocasiones como método por defecto; y solo cuando realmente haya un criterio concreto sin impacto económico, que tenga un importante peso, considerar la opción de excluir ese criterio.
- La necesidad de justificar en el expediente los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja.

#### Proceso de apertura y examen de proposiciones:

- La Mesa o el órgano de contratación valora en primer lugar solo las ofertas presentadas que cumplen los requisitos de los pliegos, excluyendo al resto. En el caso, de ofertas anormalmente bajas se dará audiencia, y abriremos un proceso contradictorio, de acuerdo con el art.149.4 de la LCSP, dando un plazo adecuado al licitador para que justifique su oferta. El trámite de audiencia al licitador es obligatorio, y no se le puede excluir directamente.



- El plazo de audiencia se define en las leyes nacionales, europeas y jurisprudencia como el "adecuado". Recomendaría establecer el plazo que normalmente el órgano fije para las subsanaciones. Por ejemplo, debería ser suficiente de 3 a 5 días hábiles desde la lectura de la notificación, si bien se deberá adaptarse a la complejidad de las mismas y tipo de oferta a justificar siguiendo los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.
- No aplicar la literalidad del art.159.4 de la LCSP para el procedimiento abierto simplificado, respetando en todo caso el orden de la apertura y examen de proposiciones del procedimiento ordinario: primero analizar las ofertas anormalmente bajas excluyendo las que no lo justifiquen adecuadamente. Solo clasificar y ponderar las ofertas después del análisis de ofertas desproporcionadas.
- Si resulta adjudicataria una oferta anormalmente baja, el órgano de contratación establecerá mecanismos de seguimiento de la ejecución en los pliegos para garantizar la correcta ejecución.

#### Onerosidad y convenio laboral

- Definir correctamente las reglas de valoración de los criterios de adjudicación, en especial el precio cuando se divida en subcriterios económicos, para evitar la picaresca del licitador, como definir en los pliegos que la gratuidad de un concepto sea leída como 0,01 euros pudiendo aplicar la proporcionalidad real de las fórmulas. Asimismo, recordar que se pueden definir parámetros objetivos adicionales de anormalidad en los pliegos.

- El novedoso art. 149.4 de la LCSP, analizada la jurisprudencia hasta nuestros días, goza de poca aplicabilidad durante el proceso de adjudicación, siendo un recurso más propio para la fase de ejecución del contrato.

Para terminar, hemos incluido en los anejos un ejemplo de cláusula de ofertas anormalmente bajas y un esquema sobre el art. 85 de Real Decreto 1098/2001 (RGLCAP).

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSE MANUEL), Contratación del Sector Público Local. 4ª edición (2 tomos), Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, Madrid, 2017, págs. 802 y 803.
- CNMC - COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: "Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España", pág. 6 "Introducción" y sus notas al pie, 7 de febrero de 2019. <https://www.cnmcc.es/expedientes/ecnmcc00418> [Fecha última consulta: 27/5/2019].
- CNMC - COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (Antes CNC - Comisión Nacional de la Competencia), Guía sobre la Contratación Pública y Competencia, 2010.
- FUEYO BROS, MANUEL, "Los criterios de adjudicación: aspectos prácticos para la valoración del precio", V seminario de Contratación Pública, Formigal (Huesca), 22-24 de septiembre de 2014. Ver: <http://www.obcp.es/> [Última consulta: 29/05/2019].
- NARBONA SARRIA, MANUEL, "La temeridad y las ofertas buenas, bonitas y baratas", marzo 2019,



disponible en Observatorio de contratación pública desde 13/05/2019. Web: <http://www.obcp.es/> [Última consulta: 29/05/2019]

- SANTIAGO PINTOS, JAIME, "Las ofertas anormalmente bajas y el procedimiento simplificado", Revista Vasca de Administración Pública, nº 113, enero-abril 2019, pags.477-499.

#### Tribunal Administrativo Central (TACRC)

- Resolución 274/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 66/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 136/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 634/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 83/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 528/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 150/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 1119/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 284/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 315/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 315/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 406/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
- Resolución 702/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

- Resolución 1187/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 386/2019 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 91/2019 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

#### Otros tribunales u órganos administrativos de recursos

- Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.
- Resolución 80/2014 Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARC PV).
- Resolución 38/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.
- Resolución nº 385/2019 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 19 de septiembre de 2019.

#### Juntas Consultivas

- Informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (JCCACA de Aragón)
- Informe 3/2017, de 5 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la C.A de Aragón.
- Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

#### Otros pronunciamientos

Informe 163/2008, de 29 de septiembre, de la Abogacía General del Estado.



**Castilla-La Mancha**

Gabilex  
Nº 26  
Junio 2021

<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

1. ANEXO 1: Artículo 85 de Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (Reglamento general de la Ley de Contratos de las AA. PP)

Artículo 85 RGLCAP: Ofertas desproporcionadas o temerarias (Precio como único criterio de adjudicación)				
Nº. licitadores	Reglas de cálculo	Referencia considerada	%	Oferta anormalmente baja
Uno	Oferta inferior al presupuesto base de licitación (PBL) en más de 25 unidades porcentuales	PBL	25 %	$< \text{PBL} \times 0,75$
Dos	Oferta inferior (OB) en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta (OA)	OA OB	20 %	$\text{OB} < \text{OA} \times 0,80$
Tres	a) Ofertas inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética (MA) de las ofertas presentadas.	MA	10 %	$< \text{MA} \times 0,90$
	Se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media.			
	b) En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.	PBL	25 %	$< \text{PBL} \times 0,75$
Cuatro o más	Ofertas inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética (MA) de las ofertas presentadas. Si entre ellas existen ofertas superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. Si el número de las restantes ofertas es inferior a	MA	10 %	$< \text{MA} \times 0,90$



	tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.			
<p>NOTAS AL ART. 85 RGLCAP: - Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos (art. 85.5 RGLCAP)</p> <p>- El artículo 86.1 del RGLCAP establece las reglas a seguir en el caso de ofertas presentadas para concurrir individualmente por empresas pertenecientes a un mismo grupo (entendiendo por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio):</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1) Se determina la referencia sobre la cual debe procederse al cálculo para considerar, en principio, desproporcionada a una o más ofertas. Esta referencia está constituida por la media aritmética de las ofertas presentadas (IJCAE 47/03)</li><li>2) Para el cálculo de dicha media se excluyen todas las ofertas presentadas por las empresas pertenecientes al mismo grupo, excepto la más baja</li><li>3) Posteriormente, se consideran individualmente todas las ofertas -incluidas las que, por pertenecer al mismo grupo, no fueron en principio tomadas en cuenta para la determinación de la media aritmética-, declarándose incursas en presunción de temeridad sólo las que se encuentren en los supuestos previstos en el artículo 85 RGLCAP</li></ol>				

*1. ANEXO 2: Modelo de redacción cláusula administrativa ofertas anormalmente bajas*

Cláusula xxx. Ofertas anormalmente bajas (solo a precio)

1. Se consideran ofertas anormalmente bajas aquellas que contengan precios inferiores a la media de ofertas recibidas en más de un XX% o, en caso de que concurra un solo licitador, si la oferta es inferior al presupuesto base de licitación en más de un YY%.

2. Cuando hubieran presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurran en unión temporal.

3. En todo caso, el órgano de contratación rechazará las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.

4. Cuando se identifique una oferta que pueda resultar inviable por haber sido formulada en términos que la



hacen anormalmente baja, se procederá de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP.

Según analizamos en el estudio, "XX%" dependerá del sector, de la situación del mercado y de la economía en general, y no se recomiendan desviaciones pequeñas en aras a no obstaculizar la competencia, por lo que un rango del 10% al 15% podría ser recomendable para la mayoría de los casos.

De manera análoga al art.85 de la RGLCAP (Anejo 1) "YY%" lo podríamos fijar en un 25%.

Cláusula xxx. Ofertas anormalmente bajas (pluralidad de criterios)

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, se consideran ofertas anormalmente bajas aquellas que, consideradas en su conjunto, y de acuerdo con los siguientes parámetros objetivos:

a) Contengan precios inferiores a la media en más de un XX%, y en el caso que concurra un solo licitador, si la oferta es inferior al presupuesto base de licitación en más de un YY%.

b) Contengan precios inferiores a la media de las ofertas recibidas en más de un AA% y hayan obtenido una valoración correspondiente a los criterios técnicos superior en un 25% a la valoración media de las ofertas. En el caso que concurra un solo licitador, si la oferta es inferior al presupuesto base de licitación en más de un 20% y la valoración correspondiente a los criterios técnicos en cifras o porcentajes es superior al 50% de los puntos máximos de estos criterios.

2. Idem cláusula ofertas anormalmente bajas solo a precio.

3. Idem

4. Idem

En el apartado 1.a) recogemos la condición que considera que a partir de un precio se calificará de anormalmente baja independientemente de la calidad. Como hemos comentado en el trabajo, es frecuente el error de vincular todas las condiciones de los parámetros



a relaciones económicas y de calidad, al interpretar el art. 149.2 b) "...la oferta considera en su conjunto".

Sobre los porcentajes  $XX = 10-15\%$  e  $YY = 25\%$  son válidas las explicaciones de la cláusula anterior.  $AA = 10-15\%$  (pero menor que "XX"). El resto de porcentajes señalados en amarillo, son modificables e indico unos porcentajes a modo de referencia.

Para mayor abundamiento en la materia, recomendamos consultar de la bibliografía el artículo de SANTIAGO PINTOS, JAIME, "Las ofertas anormalmente bajas y el procedimiento simplificado", Revista Vasca de Administración Pública, nº 113, enero-abril 2019, pags.477-499.

## **EL COMPLEJO MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LAS ESTRATEGIAS ADMINISTRATIVAS DE SMART MOBILITY<sup>1</sup>**

**D. José Alberto España Pérez**

Doctorando en la Universidad de Málaga

### **Resumen**

La denominada movilidad inteligente (*smart mobility*) está llamada a revolucionar los desplazamientos por la ciudad y, por ende, a la Administración Pública. Esta nueva forma de ver y entender los movimientos urbanos apuesta por una movilidad más respetuosa con el medioambiente y la calidad de vida de los ciudadanos, utilizando las numerosas ventajas que ofrece la inteligencia artificial. No son pocos los estudios que ensalzan las bondades de estas iniciativas, sin embargo,

---

<sup>1</sup> Este artículo se elabora en el marco del Proyecto de Investigación intitulado: "Sostenibilidad energética y entes locales: incidencia del nuevo paquete energético de la Unión Europea", financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, AEI/FEDER, UE (DER2017-86637-C3-2-P B).



no ocurre lo mismo con los diversos problemas jurídicos que se derivan de su despliegue, especialmente, los ocasionados en el ámbito de la protección de datos personales. Y es que las aplicaciones de movilidad inteligente precisan de un ingente volumen de información de sus usuarios para prestar sus servicios. La Administración Pública dada sus competencias en tráfico, transporte y movilidad va a jugar un importante papel en este sentido, además, de ser receptora de gran cantidad de datos de los ciudadanos. Por ello, este trabajo pretende ser una primera aproximación a la *smart mobility* pero desde un punto de vista en el que se repara escasamente: la salvaguarda del derecho a la protección de datos personales. Reparando, principalmente, en el marco normativo existente para desplegar las estrategias administrativas de esta nueva forma de desplazamiento.

### **Palabras claves**

Movilidad inteligente, ciudad inteligente, transporte, protección de datos.

### **Abstract**

Smart mobility is going to revolutionize movements around the city and, therefore, the Public Administration. This new way of seeing and understanding urban movements is committed to mobility that is more respectful of the environment and the quality of life of citizens, using the many advantages that artificial intelligence offers. Many studies extol the benefits of these initiatives, however, the same does not happen with the various legal problems that arise from their deployment, especially those caused in the field of personal data protection. Besides, it is that smart mobility applications require a huge volume of information from their users to provide their services. Given its powers in traffic, transport and mobility, the

Public Administration will play an important role in this regard, in addition to being the recipient of a large amount of data from citizens. For this reason, this work aims to be a first approach to smart mobility but from a point of view that is scarcely addressed: the safeguarding of the right to protection of personal data. Repairing, mainly, the existing regulatory framework to deploy the administrative strategies of this new form of displacement.

### **Key words**

Smart mobility, smart city, transportation, data protection.

### **Sumario**

**1. Introducción. 2. Breve aproximación al concepto de *smart mobility*. 3. La difícil protección de datos en la *smart mobility*. 3.1. Las múltiples posibilidades y principales riesgos relacionados con los datos personales de las estrategias de *smart mobility*. 3.2. Marco normativo para el despliegue de las estrategias administrativas de *smart mobility*. a) Nuevas tecnologías b) Protección de datos c) Acceso a la información pública d) Administración electrónica e) Comunicaciones electrónicas f) Gestión administrativa. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.**

### **1. Introducción**

La sociedad actual reclama una mayor conciencia en relación con la preservación de los ecosistemas naturales, especialmente afectados por la tendencia urbanizadora de la población mundial. De hecho, son variados los informes y estadísticas que advierten del riesgo que la contaminación y la presencia de gases tóxicos en la atmósfera suponen no sólo ya para la



naturaleza, sino también para la salud de las personas<sup>2</sup>. De forma que son cuantiosas las voces que critican los actuales sistemas de movilidad dependientes de combustibles fósiles pocos respetuosos con el entorno. Así, es preciso reconfigurar una infraestructura de transporte acorde con la actual sensibilidad medioambiental, además, de una buena administración del espacio público, la ordenación del territorio y la utilización de las nuevas tecnologías.

Para dar respuesta a estas necesidades, la planificación y la gestión urbanística han dado impulso a un nuevo fenómeno conocido como ciudad inteligente (*smart city*). Un modelo de urbe que apuesta por un urbanismo sostenible, ecológico y que proporciona mayores niveles de calidad de vida a sus habitantes. Este tipo de metrópolis está caracterizado por el ahorro de energía, la reducción o eliminación de gases contaminantes a la atmósfera o la gestión inteligente de los servicios básicos. Sin embargo, dentro de la *smart city*, se revela como uno de sus elementos más innovadores la denominada movilidad inteligente (*smart mobility*). Una nueva forma de ver y de entender los desplazamientos por la ciudad. Su aplicabilidad es inmensa, desde la mejora de la movilidad urbana o la reducción de la contaminación ambiental y acústica, hasta posibilitar el flujo de información entre las redes de transporte de manera instantánea para evitar atascos, embotellamientos, accidentes de tráfico y prevenir colisiones. E incluso "las señales de tráfico pueden

---

<sup>2</sup> Según la Organización Mundial de la Salud, cada año mueren en el mundo 1,3 millones a causa de la contaminación atmosférica urbana. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Departamento de Salud Pública, Medio Ambiente y Determinantes Sociales de la Salud. *Los efectos sobre la salud*. Disponible en [https://www.who.int/phe/health\\_topics/outdoorair/databases/health\\_impacts/es/index1.html](https://www.who.int/phe/health_topics/outdoorair/databases/health_impacts/es/index1.html).

convertirse en fuentes de información inteligentes, que transmitan a los conductores datos en tiempo real actualizados sobre la situación en la carretera”<sup>3</sup>.

La *smart mobility* es un mecanismo esencial con muchas ventajas tanto para el ecosistema urbano como para el ciudadano, ello, sin obviar el aumento de los niveles de seguridad del tráfico terrestre o el incremento de su capacidad de manera eficiente. Sin embargo, para que estas prerrogativas sean una realidad, las aplicaciones de movilidad inteligente necesitan de abundantes datos personales de sus usuarios para ofrecer un servicio individualizado, intuitivo y eficaz. Y es que el enorme volumen de información que manejan los dispositivos inteligentes, así como los escenarios que genera el denominado Internet de las Cosas o el *big data* plantean numerosas dudas sobre el destino de los datos privados de los individuos. De manera que un mal uso de la masiva información recogida podría dar como resultado situaciones indeseables o que sobrepasen los límites de la legalidad. Gobiernos que rastreen los movimientos de sus ciudadanos o agentes privados que usen los datos recogidos con fines comerciales son algunos de los potenciales efectos y riesgos que emergen en la nueva era digital<sup>4</sup>. Además, es preciso recordar que la

---

<sup>3</sup> VODAFONE QATAR. (2014). “Transporte inteligente: ¿la revolución de las ciudades modernas?”. *Actualidades de la UIT*, núm. 4, p. 20. Disponible en <https://www.itu.int/bibar/ITUJournal/DocLibrary/ITU011-2014-04-es.pdf>.

<sup>4</sup> La vigente Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos, en su Exposición de Motivos, reconoce que “[...] las informaciones sobre los individuos se multiplican exponencialmente, son más accesibles, por más actores, y cada vez son más fáciles de procesar mientras que es más difícil el control de su destino y uso”.



digitalización genera situaciones no igualitarias entre los individuos ya que no todo el mundo posee conocimiento bastante sobre el tratamiento de sus datos ni de sus posibles destinos.

En este sentido, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), proveniente de la Unión Europea, intenta aportar mayor seguridad y establecer un marco para proteger la información personal en el contexto tecnológico en el que se inserta la sociedad de hoy en día. Un Reglamento que se ha hecho esperar, cuya elaboración ha tardado casi cuatro años, que exige a los responsables y encargados del tratamiento de datos que se adapten al nuevo entorno que impone Europa<sup>5</sup>. Empero, cada vez con mayor asiduidad la doctrina subraya la inadecuada normativa sobre protección de datos frente al mutable escenario donde éstos se mueven y, por ello, exigen la definición de un marco jurídico y ético que normativice el uso de información personal en la era del *big data* que ofrezca mayor seguridad jurídica y respete los derechos de los ciudadanos. Un nuevo escenario que llama a la búsqueda de soluciones por parte de las autoridades, pero también de estudio y análisis que ayuden a comprender y estructurar la compleja realidad que las tecnologías inteligentes imponen a la sociedad. Ante esto, las Administraciones Públicas se ven abocadas a ponderar los riesgos e innovar en formas que potencien su defensa, en aras de la transparencia pública y el buen gobierno.

En definitiva, la inteligencia artificial aplicada a la movilidad es un importante campo de investigación para la búsqueda de soluciones que relacionen las diferentes

---

<sup>5</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L. (2016). "Objeto del Reglamento", en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.). *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Reus, pp.51-64.

posibilidades de estas innovaciones con el respeto a los derechos personales. Bajo este prisma, la presente investigación aborda el fenómeno de la *smart mobility* como elemento configurador de la ciudad inteligente, pero desde una perspectiva poco estudiada, y, en la cual no se repara lo suficiente, esto es, los problemas jurídicos derivados de su despliegue, especialmente, desde el ámbito de la defensa de los datos personales. Existen multitud de referencias que aplauden la llegada de las innovaciones en los desplazamientos urbanos, pero no así con los peligros y riesgos en la esfera individual y colectiva. Por eso este trabajo pretende ser una primera aproximación a la *smart mobility*, focalizando la atención en la compleja conjugación entre el desarrollo de las aplicaciones inteligentes, las cuales precisan información personal para poder actuar de forma óptima; y la salvaguarda de esa información recopilada que afecta a individuos poseedores de una serie de derechos.

## **2. Breve aproximación al concepto de *smart mobility***

No es tarea sencilla aportar una definición del término *smart mobility*. Su reciente aparición y su relación con los desarrollos tecnológicos provocan que aún no exista un concepto único o consensuado del mismo.

Con la noción *smart mobility* se alude a una serie de políticas e iniciativas que intentan mejorar los desplazamientos de los ciudadanos por las urbes para reducir costes ambientales, económicos y sociales que lleva aparejado el transporte, utilizando para ello las múltiples posibilidades de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Pero este reciente concepto se inserta en otro más amplio como es el de



ciudad inteligente (*smart city*)<sup>6</sup>. En nuestro país, las referencias normativas que aluden al concepto son

---

<sup>6</sup> En términos generales, la *smart city* se define por el uso de la tecnología para lograr unos servicios eficientes y sostenibles, sin embargo, a pesar del constante uso del concepto no existe una definición comúnmente aceptada. Se constata la falta de consenso existente para hallar un concepto único de la *smart city*, si bien es cierto, esto no obsta para que haya una aproximación global a los elementos definitorios del término. Así, la característica destacada por la doctrina es el uso de la tecnología para mejorar la vida los ciudadanos y posibilitar el desarrollo económico, social y medioambiental. A partir de ahí son recurrentes aspectos como el cuidado del entorno, la sostenibilidad, la eficiencia de los recursos o la mejora de infraestructuras. En la actualidad, se apuesta por un concepto amplio de *smart city* que toma en consideración diferentes aspectos de la ciudad, gestionándose de forma unificada y transversal. La abundante literatura sobre el concepto contrasta con sus referencias normativas. Las principales aportaciones, en este sentido, se localizan a nivel europeo. En España, no existe un concepto normativo de la ciudad inteligente, ni una ley sobre la materia. Hay una amplia producción científica que aborda este asunto, véase como ejemplo: KOMNINOS, N. (2011). "Intelligent cities: Variable geometries of spatial intelligence". *Intelligent Buildings International*, vol. 3, p. 174. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/233470549/download>. MANVILLE, C., COCHRANE, G., CAVE, J., MILLARD, J. [et al.]. (2014). *Mapping Smart Cities in the EU*. Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOLITRE\\_ET\(2014\)507480\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOLITRE_ET(2014)507480_EN.pdf). SCHUURMAN, D., BACCARNE, B., DE MAREZ, L. y MECHANT, P. (2012). "Smart Ideas for Smart Cities Investigating Crowdsourcing for Generating and Selecting Ideas for ICT Innovation in a City Context". *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, vol. 7, núm. 3, pp. 49-62. Disponible en:

prácticamente nulas. Ni siquiera la más reciente planificación española que aborda la movilidad inteligente se pronuncia sobre el mismo<sup>7</sup>. Un vacío legislativo que es colmado por la doctrina. Para ésta, la *smart mobility* es uno de los elementos principales de la *smart city*, de hecho, “[a] menudo la noción de smart city ha sido vinculada a la mejora de las condiciones de movilidad en la ciudad”<sup>8</sup>. Sin embargo, no existe consenso sobre los parámetros que definen el término.

Por ello, seguidamente exponemos algunas de las aportaciones doctrinales más valiosas. Así, PÉREZ PRADA entiende la movilidad inteligente como aquella “que busca ofrecer una red de transporte lo más eficiente, limpia e igualitaria posible para las personas, las mercancías y los datos. Aumenta el potencial de las tecnologías existentes para compartir y proporcionar información a los usuarios, los planificadores y los

---

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4357121&orden=408480&info=link>.

<sup>7</sup> En concreto, llama la atención que el Plan de Innovación para el Transporte y las Infraestructuras no ofrezca una definición de movilidad inteligente pese a la presencia omnipresente de tal noción a lo largo de todo el documento. Vid., GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Fomento. (2018). *Plan de Innovación para el Transporte y las Infraestructuras (2018-2020)*. Disponible en

[https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/66DE13DA-C640-4FB7-B83A-E8E9C6A2FD70/149597/plan\\_de\\_innovacion\\_20182020.pdf](https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/66DE13DA-C640-4FB7-B83A-E8E9C6A2FD70/149597/plan_de_innovacion_20182020.pdf).

<sup>8</sup> GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. (2015). “Smart cities vs. Smart governance: ¿dos paradigmas de interrelación administrativa no resueltos aún?”. *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 300, p.52. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/283730513>.



encargados de la gestión del transporte, permitiendo la modificación y mejora de los modelos de movilidad urbana y los mecanismos de planeamiento (...)”<sup>9</sup>. Para los estudiosos en la materia los elementos de la *smart mobility* son los siguientes: accesibilidad local e internacional, disponibilidad de las infraestructuras TIC, sostenibilidad, seguridad e innovación en el sistema de transporte<sup>10</sup>. Así, en función de las diferentes descripciones conceptuales aportadas, algunos autores han resumido los parámetros recurrentes en ellas<sup>11</sup>: la concepción de una movilidad como servicio (donde prima la utilización de los vehículos en vez de la titularidad de los mismos), la transmisión de datos en tiempo real, infraestructuras inteligentes y presencia de la movilidad eléctrica.

No obstante, el término de movilidad inteligente está en constante desarrollo ligado con las diferentes estrategias de *smart city*. Su conceptualización dependerá de lo que se entienda por el concepto marco de ciudad inteligente. A pesar de la carencia de unidad en torno a la noción, destacan dos elementos habituales: sistema eficaz y

---

<sup>9</sup> PÉREZ PRADA, F., VELÁZQUEZ ROMERA, G., FERNÁNDEZ AÑEZ, V. y DORAO SÁNCHEZ, J. (2015). “Movilidad inteligente”. *Economía industrial*, núm. 395, p.121. Disponible en

<http://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/395/FIAMMA%20PEREZ%20y%20OTROS.pdf>.

<sup>10</sup> GIFFINGER, R., FERTNER, C., KRAMAR, H. [et al.]. (2007). *Smart Cities: Rankinf of European Medium-Sized Cities*. Centre Regional Science. Universidad Tecnológica de Viena. Disponible en [http://smart-cities.eu/download/smart\\_cities\\_final\\_report.pdf](http://smart-cities.eu/download/smart_cities_final_report.pdf).

<sup>11</sup> DOCHERTY, I., MARSDEN, G. y ANABLE, J. (2018). “The governance of smart mobility”. *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, vol. 115, pp. 118-121. Disponible en <http://eprints.gla.ac.uk/148143/1/148143.pdf>.

sistema de movilidad caracterizado por el uso sistemático de las innovaciones tecnológicas<sup>12</sup>. Asimismo, abundan descripciones que se centran en el usuario del transporte como consumidor<sup>13</sup>.

### **3. La difícil protección de datos en la *smart mobility***

El sector público es un agente económico fundamental para el desarrollo de las sociedades debido al volumen de recursos que maneja y a las diferentes actuaciones que realiza, siendo un importante prestador de servicios de movilidad. A su vez, la sucesiva implantación de la sociedad digital ha traído consigo numerosas ventajas, pero, sobre todo, ha resaltado la necesidad de potenciar el diálogo con el Derecho. Especialmente en el ámbito de la Administración Pública.

Así, es realmente importante la simbiosis entre transparencia y acceso y uso de datos públicos y la garantía de la protección de datos<sup>14</sup>. Dos conceptos,

---

<sup>12</sup> STARICCO, L. (2013). "Smart mobility opportunità e condizioni". *TEMA, Journal of Land Use, Mobility and Environment*, vol.6, núm. 3, pp. 342-343. Disponible en: <http://www.rmojs.unina.it/index.php/tema/article/view/1933/2111>.

<sup>13</sup> PAPA, E. y LAUWERS, D. (2015). *Smart mobility: Opportunity or threat to innovate places and Cities*. 20th International Conference on Urban Planning and regional Development in the Information Society. Bélgica: Competence Center of Urban and Regional Planning, pp. 543-547. Disponible en [http://westminsterresearch.wmin.ac.uk/16363/1/CORP2015\\_46-1.pdf](http://westminsterresearch.wmin.ac.uk/16363/1/CORP2015_46-1.pdf).

<sup>14</sup> Sobre la relación entre la protección de datos y el Derecho administrativo, vid., GUICHOT REINA, E. (2005). "Derecho a la protección de datos y actividad administrativa". *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal*



transparencia y privacidad, que hasta hace poco tiempo estaban fuera del juego político y jurídico pero que hoy en día se han convertido en pilares imprescindibles del nuevo modelo de sociedad. Por ello, la recíproca interacción entre el Derecho y los avances tecnológicos es más evidente que nunca. Generándose el paradigma de garantizar el acceso a los datos sin que se menoscabe el derecho a la protección de los mismos. Como señala PIÑAR MAÑAS “[I]a solución no puede ser paralizar la innovación ni obviar el derecho. Muy al contrario, lo que procede es impulsar el diálogo entre derecho y técnica y tener presentes los principios esenciales de los derechos fundamentales, en particular, en lo que ahora nos interesa, de la protección de datos”<sup>15</sup>.

### **3.1. Las múltiples posibilidades y principales riesgos relacionados con los datos personales en las estrategias de *smart mobility***

La ciudad inteligente se caracteriza por hacer de la innovación tecnológica su principal elemento configurador y, de este modo, lograr una gestión eficiente y sostenible de los servicios. Muchas de sus ventajas ya son plenamente accesibles para el común. Un ejemplo de su función en la movilidad se basa en las aplicaciones que ofrecen las empresas de transporte público para informar al usuario de los tiempos de llegada. Además, con la popularización de los *smartphones* se ha vuelto bastante popular recoger la

---

*Aldizkaria*, núm. 71, pp. 81-120. Disponible en <https://www.euskadi.eus/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevisita=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=38&t59aContenido=3&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=71>.

<sup>15</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L. (2017). “Derecho, técnica e innovación en las llamadas ciudades inteligentes”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.). *Smart cities. Derecho y técnica para una ciudad más habitable*. Madrid: Reus, p.31.

ubicación del usuario gracias al GPS o la localización de los puntos de la red telefónica a los que está conectado. Así, se puede saber exactamente dónde se encuentra una persona o la ruta que está haciendo un vehículo. Con la geolocalización de las llamadas se deducen patrones de movilidad de grupos de población, se conocen las infraestructuras más usadas o las zonas más transitadas<sup>16</sup>. Y con la masiva utilización de la telefonía móvil se pueden identificar las pautas de movilidad de los individuos de una forma muy precisa debido al monitoreo de la actividad física o los perfiles de movilidad de un modo de transporte<sup>17</sup>.

No son los únicos ejemplos. Hay sensores que detectan automóviles como son los radares de microondas, los acústicos, de infrarrojos, etc.<sup>18</sup> Por su parte, las cámaras de vídeo instaladas en la vía pública posibilitan conteos de peatones<sup>19</sup>. Por supuesto, dentro de los avances más

---

<sup>16</sup> LATHIA, N., SMITH, C., FROEHLICH, J. y CAPRA, L. (2013). "Individuals among commuters: Building personalised transport information services from fare collection systems". *Pervasive and Mobile Computing*, vol. 9, núm. 5, pp. 643–664. Disponible en <https://doi.org/10.1016/j.pmcj.2012.10.007>.

<sup>17</sup> REDDY, S., MUN, M., BURKE, J., ESTRIN, D., HANSEN, M., y SRIVASTAVA, M. (2010). "Using mobile phones to determine transportation modes". *ACM Transactions on Sensor Networks*, vol. 6, núm. 2, pp. 1–27. Disponible en <http://sclab.yonsei.ac.kr/courses/11mobile/11mobile.files/paper/21.pdf>.

<sup>18</sup> GHD. (2014). "New traffic data sources". New Data Sources for Transport Workshop, BITRE. Disponible en <https://www.bitre.gov.au/events/2014/files/GHD-report-new-technologies-workshop.pdf>.

<sup>19</sup> Gracias a la información que se puede obtener de estos sistemas, en Nueva Zelanda se seleccionaron zonas concretas de ciudades donde existían videocámaras para medir el flujo



relevantes en el ámbito de la movilidad se encuentran los sistemas de navegación que se incluyen en la gran mayoría del parque de vehículos actuales. Con ello, el conductor puede visualizar en un mapa donde se halla, los puntos de servicios más próximos o los trayectos alternativos en su ruta. Todo esto se logra gracias a una base de datos del navegador que captura los movimientos realizados y otra información de interés. También son cada vez más frecuentes las tarjetas inteligentes de transporte público, las cuales, contienen una gran información sobre los patrones de movilidad de las personas, revelando el medio utilizado, la parada de origen o de destino, el tiempo del trayecto, los transbordos realizados, etc.<sup>20</sup> El uso de estas *smartcards* se está volviendo muy común en las ciudades debido a su fácil adquisición, transportabilidad y demanda<sup>21</sup>.

---

de peatones. A raíz de esta experimentación se pudo conocer el número de peatones, sus características y la velocidad de sus andares a partir de la primera imagen del peatón grabada hasta que sale de plano. Vid., FINNIS K, K. y WALTON, D. (2007). "Field observations of factors influencing walking speeds". *International Conference on Sustainability Engineering and Science*. Disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/b58f/5f444637be79b8a09e66cee2babb989b2b25.pdf>.

<sup>20</sup> Es tal la información que proporcionan estas tarjetas que en Beijing (China) se han extraídos los datos que suministran para comprobar el número de residentes con bajo poder adquisitivo que usa el transporte público e identificar trayectos según el nivel socioeconómico. Vid., LONG, Y. y SHEN, Z. (2015). *Geospatial Analysis to Support Urban Planning in Beijing* [en línea]. China: Springer International Publishing, pp. 169–192. Disponible en <https://books.google.es/books?id=K4vDCgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>.

<sup>21</sup> CAO, G., WANG, S., HWANG, M., PADMANABHAN, A., ZHANG, Z., y SOLTANI, K. (2014). "A Scalable Framework for Spatiotemporal Analysis of Location-based Social Media Data".

Como se puede observar, la llegada de los avances tecnológicos a aspectos de la movilidad (y los que están por venir) se ofrece ventajosa, pero también puede originar situaciones de alarma o creación de graves riesgos para la sociedad actual, como pueden ser los desequilibrios entre grupos poblacionales, ya que no todos los individuos tienen suficiente conocimiento del mundo tecnológico y sus cambiantes escenarios, o numerosos retos que trascienden del ámbito técnico e inciden en el aspecto jurídico, ético y moral de estos avances. Por ello, el desarrollo de la *smart city* y la *smart mobility* no debería centrarse únicamente en el ámbito puramente tecnológico, también es necesario calibrar sus efectos sociales y los riesgos que conlleva desde la perspectiva del Derecho.

Así pues, la movilidad inteligente se configura por las múltiples posibilidades de las TIC, que, unido a la globalización, permite que las diversas aplicaciones de *smart mobility* recojan multitud de datos en tiempo real para su posterior almacenamiento y tratamiento, arrojando una valiosa información sobre los desplazamientos de los ciudadanos<sup>22</sup>. Esto se traduce en importantes beneficios para los sistemas de transportes, desde obtener información del tráfico y viajes en tiempo

---

*Computers, Environment and Urban Systems*, núm. 51, pp. 70–78. Disponible en <https://arxiv.org/abs/1409.2826>.

<sup>22</sup> Por ejemplo, en Manhattan (Nueva York) se diseñaron mapas de actividades a partir de las franjas horarias de uso de la red social Twitter y se compararon con el mapa oficial de usos del suelo de la ciudad. FRÍAS-MARTÍNEZ, V., SOTO, V., HOHWALD, H. y FRÍAS-MARTÍNEZ, E. (2012). "Characterizing Urban Landscapes using Geolocated Tweets". *2012 International Conference on Social Computing*. Disponible en <https://ieeexplore.ieee.org/document/6406289/citations#citations>.



real, hasta mejorar la gestión del transporte público y de mercancías, la gestión de las carreteras, la gestión de la demanda, la gestión de aparcamientos, la asistencia al conductor y la conducción cooperativa<sup>23</sup>. En las ciudades grandes y medianas este tipo de tecnología se focaliza en la organización del tráfico interior mediante el control de arterias de forma automática y en el ámbito interurbano se habla de carreteras inteligentes, esto es, vías con sistemas de información a tiempo real<sup>24</sup>. Además, la tecnología permite que los viajes se hagan en menor tiempo. En el ámbito del transporte público la inteligencia artificial también permite su ordenación y gestión, incidiendo en el sector para incrementar la demanda y reducir el uso del transporte privado. Muchas de las posibilidades de la movilidad inteligente son recogidas en el Plan nacional de Infraestructuras,

---

<sup>23</sup> SEGUÍ PONS, J.M. y MARTÍNEZ REYNÉS, M.R. (2004). "Los sistemas inteligentes de transporte y sus efectos en la movilidad urbana e interurbana". *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Scripta Nova*, vol. 7, núm. 170 (60). Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-170-60.htm>.

<sup>24</sup> Muchas de estas medidas aun no son una realidad, pero se está trabajando en ellas. El Estado español tiene previsto crear un Portal Informativo del Transporte para que los ciudadanos puedan comprobar las alternativas de transporte intermodal. Mediante un sistema de búsqueda multimodal se podrá analizar las distintas alternativas de transporte para hacer un trayecto determinado, con las posibles rutas y horarios de cada modo de transporte disponible. Esta medida se contempla en el Plan de Infraestructuras Transporte y Vivienda (PITVI). Vid., GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Fomento. (2012). Plan de Infraestructuras Transporte y Vivienda (PITVI) 2012-2024. Disponible en <https://www.fomento.gob.es/planes-estrategicos/2024/pitvi-2012/2024/plan-de-infraestructuras-transporte-y-vivienda-pitvi-2012/plan-de-infraestructuras-transporte-y-vivienda-pitvi-2012-2024>.

Transporte y Vivienda (PITVI) aunque el porcentaje de ejecución aun es mínimo<sup>25</sup>.

Así pues, el elemento esencial que articula todo este proceso es la información personal, los datos. RODRÍGUEZ BUSTAMANTE considera que “[p]ara que la estrategia de movilidad en una ciudad sea lo más «smart» posible [...] resulta fundamental contar con datos abiertos que nos faciliten el análisis de la información de cara a la planificación urbana y la movilidad en la ciudad”<sup>26</sup>. La movilidad inteligente requiere de datos para que la tecnología “juegue” con ellos y, finalmente, pueda trazar necesidades, pautas y preferencias de los usuarios. Para que el servicio que ofrecen las aplicaciones sea lo más personalizado posible, el individuo tiene que ceder información personal que acaba depositada en masivas bases de datos, tratadas bajo parámetros informáticos y técnicos. Junto a ello, es preciso destacar que los movimientos de las personas se repiten con asiduidad, tanto que pueden llegar a ser potenciales identificadores de los ciudadanos y atentar contra sus derechos constitucionales.

Esta realidad ha originado que algunos autores hayan puesto de relieve los costes y riesgos que supone el

---

<sup>25</sup> En el año 2012 el Gobierno español elaboró este Plan que no hace mención explícita a la noción de movilidad inteligente, pero recoge una serie de medidas que entendemos podrían incluirse en este fenómeno. Entre esas, destacan la gestión del tráfico mediante la tecnología, el desarrollo de un portal informativo del transporte, el fomento de la Administración electrónica y medidas para promover la implantación de las nuevas tecnologías en el sector del transporte terrestre.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ BUSTAMANTE, P. (2015). “La movilidad inteligente en las ciudades”. *Momento digital.com*. Disponible en <http://momento.digital/la-movilidad-inteligente-las-ciudades/>.



despliegue de la tecnología inteligente a la movilidad, como es el quebrantamiento de la intimidad, una seguridad discutible, el papel predominante del Estado en la privacidad del ciudadano, el desgaste de la confianza digital<sup>27</sup>, o los límites de la privacidad y la difuminación de la frontera entre lo público y privado<sup>28</sup>. Y es que un uso no adecuado de la información recopilada puede lastrar por completo el despliegue de la *smart mobility*, conllevando a una posible degradación de ésta y auspiciar los recelos del individuo, principal protagonista de estas iniciativas. Ejecutivos que monitoricen los hábitos de los ciudadanos y sus preferencias, organizaciones empresariales que aprovechen la información para llevar a cabo agresivas prácticas comerciales, inmorales o incluso, que violen la libre competencia, son algunos de los riesgos asociados a este despliegue tecnológico<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> GARCÍA-MENÉNDEZ, M., CERRUDO, C., PALAO, M. y EL-YATTOUMI, K. (2015). "Smart Cities ante el desafío de la seguridad. La ciudad inteligente, escenario clave para el despliegue de las smart OT". *Smart OT Series*, núm. 2, p.23. Disponible en [https://www.cci-es.org/documents/10694/232272/Serie+Smart+OT\\_02\\_Smart+Cities+ante+el+desaf%C3%ADo+de+la+se....pdf/18d30523-0ec3-43f5-9767-c6483723ecab](https://www.cci-es.org/documents/10694/232272/Serie+Smart+OT_02_Smart+Cities+ante+el+desaf%C3%ADo+de+la+se....pdf/18d30523-0ec3-43f5-9767-c6483723ecab).

<sup>28</sup> BARRIO ANDRÉS, M. (2017). "El acceso a Internet como elemento cardinal del servicio universal de telecomunicaciones", en PAREJO ALFONSO, L., VIDA FERNÁNDEZ, J. y ESTELLA DE NORIEGA, A. (coord.). *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 1631-1632.

<sup>29</sup> Valls Prieto señala que "[l]a vigilancia en Internet no es algo nuevo. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, las nuevas técnicas de procesamiento y análisis de datos sí hacen que la revolución realizada en los servicios de inteligencia sea cuando menos fascinante. Y al mismo tiempo peligrosas. El espionaje masivo, tal y como se ha podido demostrar en el caso Snowden, permite tener controlada a cantidades ingentes

Por su parte, la Administración Pública va a jugar un papel decisivo en estas iniciativas. No hay que olvidar que la información no sólo será utilizada por la Administración titular de los servicios relacionados con la movilidad, sino también por empresas privadas que presten los mismos, y que podrían ver en esta ingente cantidad de datos personales de los ciudadanos un vehículo para satisfacer sus intereses privados. Máxime cuando la gestión de los datos en los entes públicos corresponde materialmente a un proveedor de servicios privado, en su gran mayoría. Consecuentemente, entra en acción un sujeto cuya actividad principal no es prestar servicios de interés público, pero, de manera irremediable, su participación y su función de intermediario es fundamental para que la Administración lleve a cabo sus funciones relacionadas con la *smart mobility*.

Igualmente, la seguridad es una de las mayores amenazas que encuentra esta tecnología, existiendo potenciales riesgos derivados de acciones delictivas o ilícitas que ataquen al sistema de información<sup>30</sup>. En el

---

de población y la reacción de la ciudadanía no se ha hecho esperar". Vid., VALLS PRIETO, J. (2018). "El uso de inteligencia artificial para prevenir las amenazas cibernéticas", en VALLS PRIETO, J. (coord.). *Retos jurídicos por la sociedad digital*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 82.

<sup>30</sup> Estos autores reflexionan sobre los problemas de seguridad que plantea el Internet de las Cosas y propone soluciones técnicas, vid., MARTÍN-FERNÁNDEZ, F., CABALLERO-GIL, P. y CABALLERO-GIL, C. (2014). "Autenticación no interactiva para Internet de las Cosas", en ÁLVAREZ, R., CLIMENT, J.J. (ed.) [et al.]. *RECSI XIII, Actas de la XIII Reunión Española sobre Criptología y Seguridad de la Información*. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, p. 80.



ámbito de la Administración Pública es significativamente importante los riesgos derivados de la fuga de datos. La liberación deliberada de información confidencial aprovechando las posibles vulnerabilidades de los sistemas o algún fallo de configuración es uno de los asuntos que más recelos suscita (no ya solo en el sector público también en el privado)<sup>31</sup>. Esto puede ser utilizado para actividades de *profiling*<sup>32</sup> (elaboración de perfiles del usuario para el sector publicitario). Algunos autores proponen la elaboración de protocolos de actuación ante las posibles fugas de datos<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Véase como ejemplo el ataque en los sistemas informáticos que sufrió el Ayuntamiento de Jerez (Cádiz). Un virus penetró en los servidores municipales y encriptó los ficheros. Para liberarlos se exigía una recompensa en bitcoins. El principal temor era posible sustracción de datos de los ciudadanos. El asunto fue de tal entidad que el Consistorio tuvo que pedir ayuda a los técnicos del Ministerio de Interior y del CNI. Vid., GARÓFANO, L. (2019). "Los 'hackers' se ceban con el Ayuntamiento de Jerez". *El Mundo.es*. Disponible en <https://www.elmundo.es/andalucia/2019/10/08/5d9cd529fd dff492e8b4575.html>.

<sup>32</sup> El Reglamento General de Protección de Datos lo define como un tratamiento automatizado de datos personales que se basa en usar estos datos personales para evaluar aspectos de la persona y analizar o predecir sus intereses, comportamiento y otras características (artículo 4).

<sup>33</sup> Ese documento deberá contar con un inventario de los datos afectados, medidas para corregir los daños o evitar su repetición y notificación a la Agencia Española de Protección de Datos. Además, también se propone notificar la quiebra a los usuarios afectados si hay riesgos para su intimidad y al Instituto Nacional de Ciberseguridad de España si el sistema es atacado por cualquier tipo de actividad delictiva informática. Vid., CHOZAS PLASENCIA, J.M. y PERÉZ MARTÍN, D. (2017). *Protección de datos en la Administración Pública*

Además, existen los propios peligros derivados del incumplimiento de las obligaciones legales por parte del propio responsable o encargado del tratamiento de los datos. Esto es, no cumplir con la normativa de protección de datos en cuanto no posibilite al usuario los derechos ARCO<sup>34</sup>, no cumplir con los deberes formales de inscripción de ficheros y las notificaciones a la Agencia Española de Protección de Datos, entre otras cuestiones.

El Reglamento General de Protección de Datos impone al responsable del tratamiento la adopción de medidas de seguridad para garantizar la fiabilidad del sistema, pero también obliga a estar en condiciones de demostrarlo. De modo, que el responsable debe utilizar métodos para documentar sus decisiones en materia de protección de datos. Asimismo, deben existir mecanismos para certificar que se han cumplido con las obligaciones en materia de seguridad.

En definitiva, el tratamiento masivo de información personal provoca que los datos se conviertan en la mercancía con la que tratan los servicios digitales, induciendo al consumidor a pensar que los mismos son gratuitos. Pero nada más lejos de la realidad, los datos son el valor que toman en consideración las mercantiles

---

*local en el ámbito de proyectos de movilidad Smart City.*  
[Comunicación presentada al III Congreso Ciudades Inteligentes]. Disponible en  
<https://www.esmartcity.es/comunicaciones/comunicacion-proteccion-datos-administracion-publica-local-ambito-proyectos-movilidad-smart-city>.

<sup>34</sup> Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que brinda la normativa de protección de datos a los individuos.



por la prestación ofrecida. La Directiva sobre aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales ya se pronuncia en este sentido previendo que los datos pueden ser la contraprestación por los servicios ofrecidos<sup>35</sup>. Además, el impacto para la privacidad no es sólo la gran cantidad de datos personales que se captan sino también las decisiones que se adoptan, tanto públicas como privadas, en base a las preferencias personales de cada uno sin contar con su consentimiento<sup>36</sup>.

### **3.1. Marco normativo para el despliegue de las estrategias administrativas de *smart mobility***

---

<sup>35</sup> Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUE núm. 136, de 22 de mayo de 2019].

<sup>36</sup> La Ley española de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales generó una fuerte polémica. En concreto, fue el artículo 58 bis el que despertó mayores controversias al establecer que “los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral”. La principal crítica era la posibilidad de que los partidos políticos pudieran elaborar perfiles ideológicos de los ciudadanos con fines electorales. Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el precepto que permitía tal posibilidad. Vid., PIÑAR MAÑAS, J.C. (2019). “El Tribunal Constitucional acaba con la posibilidad de que los partidos políticos recaben sin consentimiento datos sobre opiniones políticas”. *Abogacía.es*. Disponible en <https://www.abogacia.es/2019/06/10/el-tribunal-constitucional-acaba-con-la-posibilidad-de-que-los-partidos-politicos-recaben-sin-consentimiento-datos-sobre-opiniones-politicas/>.

Nunca antes el Derecho se había visto involucrado en un desafío como el que supone la movilidad inteligente. Un “monstruo” de complejas dimensiones que involucra tanto al sector público como privado y que exige que el ámbito jurídico innove para poder dar respuesta a los retos que conllevan las tecnologías inteligentes. En este sentido, RUIZ DE ZÁRATE y otros autores consideran que “[...] la innovación y nuevas realidades que traen consigo las Ciudades Inteligentes, dejan un campo que el legislador debe regular, tanto desde el punto de vista público -adaptando y modernizando la regulación urbanística, gestionando los impactos ambientales de los proyectos y productos, entre otros-, así como privado, terreno en el que destaca las problemáticas relacionadas con la manipulación y privacidad de datos [...]”<sup>37</sup>. Así, en la actualidad nos hallamos con un marco legal para dar cobertura a las diferentes iniciativas relacionadas con la tecnología inteligente que resulta complejo y poco práctico dada la rapidez con la que se producen los cambios en la era digital. En concreto, el régimen jurídico es poco claro en las cuestiones relacionadas con el derecho a la protección de la información personal y la llamada minería de datos.

En los últimos tiempos la Unión Europea viene considerando que la protección de datos es un área transcendental desde el punto de vista económico y del respeto a los derechos del ciudadano. En España, el

---

<sup>37</sup> RUIZ DE ZÁRATE, A., BUSTILLO, C. [et al.] (2018). *Derecho inteligente para Ciudades Inteligentes. Desafíos legales de las Smart Cities*. [Comunicación presentada al III Congreso Ciudades Inteligentes]. Disponible en <https://www.esmartcity.es/comunicaciones/comunicacion-derecho-inteligente-ciudades-inteligentes-desafios-legales-las-smart-cities>.



marco normativo aún es escaso, en consonancia con las directrices europeas y sin contemplar el fenómeno y sus principales problemas jurídicos en toda su extensión. Por ello, seguidamente expondremos las diferentes normas a nivel europeo e interno que se dan cita en el despliegue de las aplicaciones inteligentes de movilidad, con especial énfasis en los preceptos dedicados a la protección de datos personales de los usuarios, a la reutilización de la información generada por las instituciones y aquellas disposiciones que toman en consideración la Administración electrónica. Esfuerzo bastante laborioso, ya que no existe un marco jurídico cerrado y definido para las diferentes relaciones subyacentes de la *smart mobility*. Hay que bucear en todo el ordenamiento para localizar aquellos preceptos vinculados con la movilidad inteligente y, de este modo, verificar si con ello se puede establecer un régimen jurídico acorde a la magnitud del fenómeno. No obstante, no pretendemos un examen íntegro de todas las referencias normativas, sino que nos limitaremos a su mención.

#### **a) Nuevas tecnologías**

Desde el ámbito comunitario se ha impulsado el reconocimiento normativo del papel que juega la informática y las nuevas tecnologías en la sociedad actual. A nivel genérico, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reconoce, en sus artículos 179 y 180, la consecución de la investigación científica y tecnológica. A esto hay que añadir la Agenda Digital para Europa que apuesta fuertemente por las innovaciones de la tecnología dentro de sus propuestas<sup>38</sup>. Además, la

---

<sup>38</sup> Entre otros objetivos se contempla la alfabetización mediática en el entorno digital, la mejora en el acceso de las zonas rurales a las tecnologías de la información y la comunicación, el fomento de las bibliotecas digitales,

Comisión ha desarrollado una estrategia de creación de un mercado único digital en Europa<sup>39</sup>; un Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la Unión para el 2016-2020<sup>40</sup>; la fijación de prioridades sobre la normalización de las TIC para el mercado único digital<sup>41</sup>; y una Iniciativa Europea de Computación en Nube y en relación con una economía competitiva de los datos y del conocimiento<sup>42</sup>. Todas estas estrategias tienen una importancia vital en el desarrollo de la *smart mobility* ya que lo que se intenta con estas propuestas es obtener una regulación de las telecomunicaciones, de los derechos de propiedad intelectual y de legislación sobre protección de datos y leyes de competencia. Cuestiones

---

iniciativas sobre la inserción numérica, medida sobre envejecimiento mejor o la administración electrónica.

<sup>39</sup> Comunicación, de 6 de mayo de 2015, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una estrategia para el mercado único digital europeo [COM(2015) 192 final].

<sup>40</sup> Comunicación, de 19 de abril de 2016, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración [COM(2016) 179 final].

<sup>41</sup> Comunicación, de 19 de abril de 2016, de Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Prioridades de la normalización de las TIC para el mercado único digital [COM(2016) 176 final].

<sup>42</sup> Comunicación, de 19 de abril de 2016, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Iniciativa Europea de Computación en Nube- construir en Europa una economía competitiva de los datos y del conocimiento [COM (2016) 179 final].



más que necesarias para cimentar el florecimiento de la movilidad inteligente, estableciendo un marco europeo que vaya más allá de los parámetros nacionales para la consecución de una armonización entre los diferentes Estados miembros que sea acorde al escenario sin fronteras en el cual se desarrollan estas aplicaciones.

En España, la Carta Magna de 1978 ya toma en consideración la sociedad digital y sus aplicaciones. En concreto, en su artículo 44.2., señala la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica por parte de los poderes públicos<sup>43</sup>. A su vez, la implementación de la Agenda Digital Europea a nivel nacional en la Agenda Digital para España pretende fomentar el despliegue de redes y servicios para la conectividad digital; desarrollar la economía digital para el crecimiento, la competitividad y la internacionalización de la empresa española, mejorar la Administración electrónica y adoptar soluciones para una prestación eficiente de los servicios públicos; reforzar la confianza en el ámbito digital; impulsar el sistema de I+D+i en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; y promover la inclusión y alfabetización digital y la formación de nuevos profesionales TIC<sup>44</sup>. El marco propicio para que las diferentes estrategias de la *smart mobility* puedan llegar a nuestro país.

### **b) Protección de datos**

---

<sup>43</sup> La Exposición de Motivos de la vigente Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos señala que “[u]na deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales”.

<sup>44</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Industria, Energía y Turismo. (2013). *Agenda Digital para España*, p.4. Disponible en [https://avancedigital.gob.es/planes-TIC/agenda-digital/DescargasAgendaDigital/Plan-ADpE\\_Agenda\\_Digital\\_para\\_Espana.pdf](https://avancedigital.gob.es/planes-TIC/agenda-digital/DescargasAgendaDigital/Plan-ADpE_Agenda_Digital_para_Espana.pdf).

Pero como ya hemos mencionado, estas nuevas formas de desplazamientos por la ciudad requieren de un gran volumen de datos personales. Así, resulta conveniente conocer de qué manera el ordenamiento jurídico protege la información personal para verificar si es acorde y suficiente a la situación actual.

A nivel comunitario, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la protección de datos personales que tiene cada persona y establece cómo debe hacerse el tratamiento de los mismos, esto es, de modo legal, para fines concretos y con el consentimiento del afectado<sup>45</sup>; al igual que hace el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que recoge este derecho y emplaza a la protección del mismo mediante normas<sup>46</sup>. Por lo tanto, en el Derecho primario de la Unión Europea se reconoce y se garantiza la protección de datos personales. Para PIÑAR MAÑAS, en Europa “[e]l derecho a la protección de datos se elevó a la categoría de derecho fundamental autónomo, emancipado del derecho a la intimidad, lo que queda demostrado por el hecho de que la propia Carta reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar en un artículo distinto, el 7”<sup>47</sup>. No obstante, la norma esencial en la materia, a nivel comunitario, es el Reglamento General de Protección de Datos Personales que sustituye

---

<sup>45</sup> Artículos 8.1., 8.2. y 8.3. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>46</sup> Artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Vid., además, el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea.

<sup>47</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L. (2016). “Objeto del Reglamento”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.). *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Reus, pp.51-63.



a la anterior Directiva que regulaba esta cuestión<sup>48</sup>. El primer aspecto llamativo es el cambio de rango legal, ya que se transita de una directiva a un reglamento, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros desde la fecha de entrada en vigor.

El Reglamento afecta a todo tratamiento de datos personales de ciudadanos de la Unión, independientemente de donde se lleve a cabo éste<sup>49</sup>. Un hecho especialmente importante, ya que en el ámbito tecnológico nos movemos es un espacio sin fronteras. Además, cuestiones como la transferencia de datos a terceros o la explotación económica de los mismos coexisten con el reconocimiento del principio de control de los propios datos que tiene la persona individual<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ CONTE, J. y LEÓN BURGOS, D. (2016). "Antecedentes y proceso de reforma sobre protección de datos en la Unión Europea", en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.). *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Reus, pp. 35-50.

<sup>49</sup> Según especifica la Agencia Española de Protección de Datos, "[e]l Reglamento se aplicará como hasta ahora a responsables o encargados de tratamiento de datos establecidos en la Unión Europea, y se amplía a responsables y encargados no establecidos en la UE siempre que realicen tratamientos derivados de una oferta de bienes o servicios destinados a ciudadanos de la Unión o como consecuencia de una monitorización y seguimiento de su comportamiento. Vid., AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS-AEPD-. (2016). "El Reglamento de protección de datos en 12 preguntas". [Nota de prensa]. Disponible en [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista\\_prensa/revista\\_prensa/2016/notas\\_prensa/news/2016\\_05\\_26-ides-idphp.php](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2016/notas_prensa/news/2016_05_26-ides-idphp.php).

<sup>50</sup> Vid., Considerando 7. No obstante, este principio se evidencia en el reconocimiento que hace el Reglamento a diferentes derechos como el derecho del interesado a la

Así, bajo el prisma europeo la información de los pasajeros obtenida a través de los sistemas inteligentes de movilidad no puede entenderse como propiedad de los entes públicos, ni de entidades privadas. Los datos personales se consideran información sobre una persona física identificada o identificable y los sujetos implicados conservan derechos sobre dicha información. Consiguientemente, es necesario que los usuarios tengan un correcto conocimiento sobre el tratamiento de sus datos y que el consentimiento sea dado en los casos legalmente establecidos<sup>51</sup>.

A nivel interno, la Constitución española reconoce, en su artículo 18.4., como derecho fundamental la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales. Una disposición que garantiza el control sobre sus datos al afectado, su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos<sup>52</sup>. A nivel legislativo, este derecho fundamental se concretó, primeramente, en la Ley Orgánica 5/1992 reguladora del tratamiento automatizado de datos personales<sup>53</sup>; reemplazada por la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos personales<sup>54</sup> que se dictó como trasposición de

---

portabilidad de sus datos personales (artículo 20) o el derecho de oposición (artículo 21).

<sup>51</sup> Vid., Considerando 32 y 39 junto al artículo 7.

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1988, de 4 de mayo de 1988. Recurso de amparo 840/1995. Ponente: Julio Diego González Campos. [BOE núm. 137, de 9 de junio de 1998].

<sup>53</sup> Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal [BOE núm. 262, de 31 de octubre de 1992].

<sup>54</sup> Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal [BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999].



la Directiva 95/46/CE sobre protección de las personas en el tratamiento de sus datos. Sin embargo, la llegada del nuevo Reglamento General de Protección de Datos, aplicable desde finales de mayo de 2018, motivó que el Estado español decidiera elaborar una nueva ley orgánica en la materia, a pesar de que los reglamentos no necesitan de trasposición.

El nacimiento de esta nueva Ley, que generó bastante polémica, introduce llamativas novedades como la regulación de los datos de personas fallecidas. Los apartados más pertinentes al objeto de estudio se hallan en el Título V y el Título VI, en relación, respectivamente, con el tratamiento de datos y el modo de proceder del responsable o encargado del mismo y sobre la transferencia internacional de datos. Eso sí, en ningún momento la Ley se aleja de lo establecido a nivel europeo<sup>55</sup>.

### **c) Acceso a la información pública**

Por otro lado, los documentos provenientes de las Administraciones Públicas forman un inestimable recurso de conocimiento. Su acceso ciudadano constituye un derecho de gran valor democrático y se enmarca en la idea de apertura de la información, en clara referencia al *open data*. Ese derecho a acceder a la información en posesión del sector público entra en consonancia con las estrategias de *smart mobility*, ya que pone de relevancia la enorme cantidad de datos que manipula la Administración Pública. Además, el acceso no sólo se reputa del público sino también de agentes económicos, donde pueden coexistir fines privados o comerciales. Y es que la información que procede de las instancias públicas tiene interés no sólo para la propia

---

<sup>55</sup>Sobre la protección de datos desde la vertiente del Derecho administrativo, vid., GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016). *Manual básico de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos, pp. 122-126.

Administración sino también para las empresas de movilidad inteligente que precisan de una gran cantidad de datos a la hora de ofrecer sus servicios. Por lo tanto, conocer el régimen jurídico existente en materia de acceso a la información de los organismos públicos resulta de interés para comprobar de qué manera terceros pueden entrar en contacto con estos datos que afectan a personas que gozan de una serie de derechos. En este sentido, el Derecho primario de la Unión se centra en el acceso, puesta en común, comunicación e intercambio de datos e información. En concreto, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce la posibilidad que tiene cualquier ciudadano europeo, ya sea persona física o jurídica, para acceder a los documentos emanados de la Unión de acuerdo con los principios y límites establecidos. El único parapeto que encuentra este derecho son los motivos de interés público o privado que reglamentariamente se dispongan<sup>56</sup>. En base a ello, se dictó la Directiva 2003/98/CE, modificada en 2013, sobre la reutilización de la información del sector público<sup>57</sup>. La vigente norma

---

<sup>56</sup> El derecho se reconoce en el artículo 15.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Otros preceptos también inciden en la materia: artículo 65.1.b, 85.1, 87.2.a, 88.2.a, 149, 153.2.a, 160, 165.2, 166.2, 197.2, 287.3, 319.2 y 339 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>57</sup> Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de noviembre de 2003 relativa a la reutilización de la información del sector público [DOUE núm. 345, de 31 de diciembre de 2003], modificada por la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 [DOUE núm. 175, de 27 de junio de 2013]. En el propio Considerando 5 de la vigente norma se especifica como desde el año 2003 el volumen de datos ha crecido exponencialmente a nivel mundial, al tiempo que se generan y se recopilan



trata de “facilitar la creación de productos y servicios de información basados en documentos del sector público que cubran la totalidad de la Unión” y permitir de forma eficaz el uso transfronterizo de documentos del sector público por las empresas privadas. Con ello la Directiva procura la libre circulación de la información entre los países de la Unión y cimienta las bases del *open data* a nivel europeo al abogar por el flujo libre de datos en aras de consolidar un mercado de la información que sea productivo y competitivo para la economía<sup>58</sup>.

---

nuevos datos, y se desarrollan nuevas tecnologías para el análisis, explotación y tratamiento de datos. Por tales motivos, la anterior norma había quedado desfasada frente a los veloces cambios acontecidos.

<sup>58</sup> Asimismo, la Unión Europea ha suscrito la denominada Carta de Datos Abiertos (*Open Data Charter*) del G8 (conjunto de países que cuentan con las economías más industrializadas del mundo), por la cual, se compromete a llevar una serie de acciones en materia de *open data* junto con los otros miembros. El *Open Data Charter* es un acuerdo para promover la transparencia, la innovación y la responsabilidad de los datos en posesión gubernamental. Entre las medidas propuestas se incluye la tarea de publicar por defecto todos los datos de los gobiernos y aumentar la calidad, cantidad y reutilización de los mismo. Además, el G8 identifica como un área de alto valor, en este sentido, el transporte. El objetivo no es otro que desplegar el potencial económico de este sector y apoyar la innovación en la materia. Vid., COMISIÓN EUROPEA. *EU implementation of the G8 Open Data Charter*. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eu-implementation-g8-open-data-charter>. Además, vid., DRACHSLER, H., HERDER, E., GUY, M. [et al.] (2014). “Building the Open Elements of an Open Data Competition”. *D-Lib Magazine*, vol. 20, núm. 5/6. Disponible en <http://www.dlib.org/dlib/may14/daquin/05daquin.html>.

En virtud de la Directiva 2003/98/CE se promulgó a nivel interno la Ley 37/2007<sup>59</sup>, la cual, ya advierte del “gran interés” para las compañías que tiene la información generada por los entes públicos. La norma toma como punto de partida el distinto tratamiento que las Administraciones han dado a la explotación de la información para disponer un marco general mínimo de las condiciones que van a permitir la reutilización de los documentos originados por el sector público. Así, según establece el texto son las Administraciones y sus organismos los que van a decidir si autorizan o no la reutilización de los documentos por ellos conservados con fines comerciales o no, pero siempre con el límite del respeto a la Ley de Protección de Datos Personales. Como se especifica en la Exposición de Motivos, no se modifica el régimen de acceso a los documentos administrativos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico, “sino que se aporta un valor añadido al derecho de acceso, contemplando el marco de regulación básico para la explotación de la información que obra en poder del sector público [...]”. La Ley prevé los aspectos básicos del régimen jurídico de la reutilización y el procedimiento para canalizar solicitudes en tal sentido. En desarrollo de la norma legal se dictó el Real Decreto 1495/2011<sup>60</sup> que

---

<sup>59</sup> Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público [BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 2007].

<sup>60</sup> Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal [BOE núm. 269, de 8 de noviembre de 2011].



contiene con mayor precisión la forma en la cual puede volver a ser utilizada la información del sector público<sup>61</sup>. Así, el derecho de acceso y la reutilización de la información del sector público están en plena consonancia con la ciudad inteligente, ya que ésta exige una mayor pulcritud de la Administración Pública y, en concreto, una accesibilidad a los datos. Esto conduce a abrir la actividad administrativa a la ciudadanía. Así, en el año 2013, se decidió que la acción del sector público debía someterse a escrutinio para que los individuos tuvieran un mayor conocimiento de la actividad administrativa. Con este objetivo se promulgó la conocida como Ley de Transparencia<sup>62</sup>, que sirve de base para la libre circulación de la información y el incipiente despliegue en nuestro país del *open data*, presupuesto de la *smart city*.

En relación con el objeto de estudio, puede ocurrir que algunos de los servicios relacionados con la *smart mobility* sean prestados por la propia Administración Pública, que cuenta con suficientes recursos para ello. En tal caso, ésta deberá cumplir con el principio de publicidad activa y los valores de transparencia y

---

<sup>61</sup> A nivel extra normativo, AENOR dio luz verde en el año 2015 a una directriz de estandarización sobre los datos abiertos en el contexto de las ciudades inteligentes. La primera norma que estableció un conjunto de requisitos para que esos datos abiertos elaborados o protegidos por el sector público pudieran ser reutilizados, siendo los destinatarios de esa información las empresas proveedoras de servicios públicos o los ciudadanos. Vid., norma AENOR UNE 178302 Ciudades Inteligentes. Datos Abiertos (Open Data). No obstante, es preciso recordar que las normas AENOR son especificaciones técnicas sin carácter reglamentario y, por tanto, no tienen capacidad de obligar.

<sup>62</sup> Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno [BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013].

accesibilidad que propugna el articulado de la norma<sup>63</sup>. La Ley diferencia entre datos especialmente protegidos y los que no (en consonancia con lo establecido en la normativa de protección de datos). Para los primeros no rige ni la publicidad ni el acceso, salvo consentimiento del titular o por reserva de ley; para los datos no especialmente protegidos, a pesar de ser datos personales, quedan a merced de lo que decida la Administración en cuanto a su publicidad y acceso<sup>64</sup>. Pero puede ocurrir que la Administración recurra al sector privado para ofrecer servicios de transporte y tráfico inteligente habida cuenta de las numerosas iniciativas empresariales en el sector<sup>65</sup>. Para esto, la norma también obliga a las personas que no sean sector público, pero ofrezcan un servicio de interés público a suministrar a la Administración la información necesaria para cumplir con las prescripciones que hace la Ley<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> GUICHOT REINA, E. (2007). "Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio". *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, pp. 43-74. Disponible en [https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/16277/file\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/16277/file_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>64</sup> Vid., artículo 15.

<sup>65</sup> Sobre la colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas, vid., GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op. cit.*, pp. 117-118.

<sup>66</sup> Vid., artículo 4. Así, la Ley deja cuestiones que aún no obtienen respuestas claras. En este sentido, vid., BARRERO RODRÍGUEZ, M.C. (2018). "El ámbito subjetivo de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno algunas cuestiones abiertas", en VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A.M. y DESCALZO GONZÁLEZ, A. *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso. Tomo II*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 1403-1429.



No obstante, el derecho de acceso puede ser limitado cuando suponga un perjuicio para los intereses económicos y comerciales o para la protección del medioambiente o cuando se vean afectados los datos personales de la ciudadanía, así, en la medida que los datos afecten a personas físicas identificadas o identificables entra en consideración la Ley de Protección de Datos. El texto vela por la puesta a disposición de los ciudadanos, vía informática, de múltiples datos (Portal de la Transparencia) para lograr el control político del gobierno<sup>67</sup> (artículo 10).

#### **d) Administración electrónica**

Pese a que la *smart mobility* se basa en un uso constante de la tecnología, se desmarca de la Administración electrónica ya que el fenómeno “*smart*” supera ampliamente el mero uso de medios electrónicos en la gestión administrativa y las relaciones con el ciudadano. Aunque no está de más reconocer que la apuesta por estas iniciativas inteligentes hubiera sido difícil sin el previo esfuerzo realizado por la Administración Pública para adaptarse a los avances informáticos en el marco de la Administración electrónica.

En relación con el uso de medios electrónicos por la Administración, España aprobó la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos en 2007<sup>68</sup> que fue derogada por la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015 que incorporan el despliegue de la Administración electrónica entre sus preceptos<sup>69</sup>. En

---

<sup>67</sup> Vid., artículos 14 y 10.

<sup>68</sup> Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos [BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007].

<sup>69</sup> Con la entrada en vigor de esta reforma administrativa se ha instaurado la comunicación electrónica entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos hasta convertirlo en una obligación (artículos 13 y 14 de la Ley 39/2015). Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo

consonancia con nuestro objeto de estudio, la Ley 39/2015 escasea de detalles remarcables en materia de protección de datos personales. La Ley 40/2015 contiene algunas disposiciones sobre protección de datos en cuanto a los archivos electrónicos de documentos o las transmisiones de información entre las Administraciones Públicas. Recientemente, se ha aprobado el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos<sup>70</sup>.

Además, y dado que el intercambio de información es un elemento con gran presencia en el entorno tecnológico hay que mencionar el Real Decreto 4/2010 que regula el esquema nacional de interoperabilidad en el ámbito de la Administración electrónica<sup>71</sup>. El texto estipula las

---

Común de las Administraciones Públicas [BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015]. Y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público [BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015].

<sup>70</sup> Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos [BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2021].

<sup>71</sup> Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica [BOE núm. 25, de 29 de enero de 2010]. Según se detalla en la Exposición de Motivos, la interoperabilidad es "la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos. Resulta necesaria para la cooperación, el desarrollo, la integración y la prestación de servicios conjuntos por las Administraciones públicas; para la ejecución de las diversas políticas públicas; para la realización de diferentes principios y derechos; para la transferencia de tecnología y la reutilización de aplicaciones en beneficio de una mejor eficiencia; para la cooperación entre diferentes



condiciones necesarias para garantizar la capacidad de los sistemas de información de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento en el marco de la actividad administrativa. Aunque predomina el enfoque técnico sin profundizar en los problemas jurídicos con respecto a la protección de los derechos fundamentales cuando se diseñen aplicaciones que usen la capacidad de los sistemas de información<sup>72</sup>.

### **e) Comunicaciones electrónicas**

Además, hay que tener en cuenta que en el contexto tecnológico en el que se desarrolla la movilidad inteligente, las comunicaciones inalámbricas entre personas físicas, objetos y sensores (el ya referido Internet de las Cosas) está omnipresente. El ejemplo más representativo se localiza en las comunicaciones móviles que forman parte del paisaje cotidiano de la sociedad actual. Consecuentemente, la accesibilidad a las redes de comunicación por los usuarios genera diversos interrogantes.

En este sentido, el acceso a las redes provoca que entren en juego las empresas privadas de telecomunicaciones que prestan el servicio de acceso. Un sujeto de especial relevancia (no sólo en la movilidad inteligente sino en el ámbito digital en su conjunto) que puede conocer la posición física del cliente o sus distintos parámetros de consumo, entre otras cuestiones. En este sentido, la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva

---

aplicaciones que habiliten nuevos servicios; todo ello facilitando el desarrollo de la administración electrónica y de la sociedad de la información”.

<sup>72</sup> GAMERO CASADO, E. (2009). “Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor”. *Revista de Administración Pública*, núm. 179, pp. 291-332. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/45833/27346>.

2009/136/CE<sup>73</sup>, establece garantías frente al desarrollo transfronterizo de las redes digitales dada su capacidad y las “muchas posibilidades en materia de tratamiento de datos personales”. Un texto que se aplica a todas las comunicaciones electrónicas tengan o no implicaciones en la información personal. La norma trata de “reducir al mínimo el tratamiento de los datos personales y de tratar la información de forma anónima o mediante seudónimos cuando sea posible”<sup>74</sup> y establece que los proveedores de servicios deben tomar medidas para defender la seguridad de sus servicios e informar a los abonados de “todo riesgo especial sobre la seguridad de la red”. Se señala la adopción de medidas para garantizar la confidencialidad de las comunicaciones y evitar intromisiones no autorizadas, de hecho, se

---

<sup>73</sup> Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) [DOCE núm. 201, de 31 de julio de 2002]. Dicho texto sufrió los cambios establecidos por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores [DOUE núm. 337, de 18 de diciembre de 2009].

<sup>74</sup> Vid., Considerando 9.



implementan prohibiciones al procesamiento de datos a gran escala<sup>75</sup>.

Especialmente importante con el objeto de estudio es la prohibición de almacenamiento de comunicaciones o de los datos de tráfico por agentes diferentes de los usuarios o sin su consentimiento, aunque esto no quiere decir que se censure el almacenamiento automático de esa información, más bien al contrario; siempre que la información no se almacene durante "un período mayor que el necesario para la transmisión y para los fines de la gestión del tráfico"<sup>76</sup>. En efecto, no se establece definición de ese "período" sino que tal aspecto se deja a merced del operador, lo que genera cierta inseguridad. La Directiva también es consciente de que los datos de los abonados que son tratados en las redes de comunicaciones electrónicas "contienen información sobre la vida privada de las personas físicas, y afectan al derecho de éstas". Éstos pueden ser utilizados para comercializar servicios de comunicaciones electrónicas o para prestar servicios de valor añadido (entre los que cita, por ejemplo, la orientación vial o la información sobre tráfico) siempre que exista consentimiento del titular, en la forma legalmente establecida<sup>77</sup>.

En definitiva, la Directiva establece medidas de seguridad tanto técnicas como organizativas, procurando que los datos sean confidenciales (que su acceso sea limitado). No obstante, basta una lectura de la norma para comprobar como muchos de los asuntos que son tratados han quedado vetustos. No es extraño, ya que la Directiva es del año 2002, modificada escuetamente posteriormente, y la materia que regula cambia a velocidad de vértigo, tanto que la producción normativa se ve incapaz de adaptarse al escenario que

---

<sup>75</sup> Vid., artículos 4 y 5.

<sup>76</sup> Vid., Considerando 22 y artículo 5.

<sup>77</sup> Vid., artículos 6.3 y 9.

imponen las tecnologías emergentes. En cualquier caso, está previsto sustituir el texto por el nuevo Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, propuesto por la Comisión Europea<sup>78</sup>.

A escala interna, las directrices europeas se concretan en Ley General de Telecomunicaciones<sup>79</sup>, la cual, reconoce la protección de los datos personales y establece un régimen particular en atención a las disposiciones establecidas en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información<sup>80</sup>. En concreto, contiene estipulaciones sobre el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos derivados de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en sus equipos terminales, y se establecen criterios para la modulación de las sanciones, que no difieren de los patrones europeos. Especial interés con el objeto de estudio guarda los preceptos dedicados al cifrado de las comunicaciones electrónicas; una técnica que “podrá” utilizarse para proteger la confidencialidad de la información<sup>81</sup>.

## **f) Gestión administrativa**

---

<sup>78</sup> Vid., Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) [COM/2017/010 final]. Este Reglamento complementa al Reglamento europeo de Protección de Datos.

<sup>79</sup> Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones [BOE núm. 114, de 10 de mayo de 2014].

<sup>80</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [BOE núm. 166, de 12 de julio 2002].

<sup>81</sup> Vid., artículo 43.



En las diferentes iniciativas inteligentes la presencia de los operadores privados es casi innegable. Y es que parece que la propia Administración se sitúa en una escala inferior en la carrera tecnológica habida cuenta del innegable progreso de las compañías privadas especializadas en inteligencia artificial. De manera que puede ocurrir que la Administración recurra al sector privado para prestar servicios relacionados con la movilidad inteligente. Como consecuencia, las organizaciones empresariales adquirirán un gran protagonismo en el ámbito de la gestión administrativa. Estos sujetos “[...] demandan una mayor exigencia de información para llevar a cabo su tarea pero que, al mismo tiempo, en la medida que su actividad se desarrolla en el ámbito competencial de una Administración Pública, también han de soportar una mayor accesibilidad de los datos que gestionan desde las exigencias del open data”<sup>82</sup>.

Además, hay que tener en cuenta que los empujes inteligentes se proyectan, en gran medida, sobre iniciativas de los entes locales, dado el campo de acción territorial de éstos. La ciudad inteligente con su nuevo modelo de movilidad impone una nueva forma de gestión municipal, donde habrá que estar también a lo dispuesto en la Ley de las Bases del Régimen Local (LBRL)<sup>83</sup>. Esta norma establece los servicios públicos que deben prestar los municipios ya sea de forma directa o indirecta<sup>84</sup>. De ahí que sujetos privados puedan ofrecer servicios

---

<sup>82</sup> VALERO TORRIJOS, J. (2015). “Ciudades inteligentes y datos abiertos: implicaciones jurídicas para la protección de los datos de carácter personal”. *Saggi e Articoli, Istituzioni del Federalismo*, núm.4, p.1031. Disponible en [https://www.regione.emilia-romagna.it/affari\\_ist/Rivista\\_4\\_2015/Torrijos.pdf](https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_4_2015/Torrijos.pdf).

<sup>83</sup> Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local [BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985].

<sup>84</sup> Vid., artículos 25 y ss., y artículo 85.

municipales relacionados con el transporte y la movilidad, donde entraría en juego la problemática del tratamiento que éstos hacen de los datos personales<sup>85</sup>. Una cuestión que no encuentra gran recorrido en la norma.

En definitiva, las diferentes referencias normativas mencionadas reflejan la dificultad de fijar un marco normativo aplicable a las variadas relaciones jurídicas que se producen en la movilidad inteligente. Especial complejidad ostenta el tratamiento de los datos personales y la privacidad de los usuarios ya que existen bienes jurídicos contrapuestos y el entorno inteligente precisa que los datos se encuentren abiertos y de fácil acceso para su reutilización automatizada. Podría pensarse que las disposiciones legales sobre Administración electrónica son suficiente en este sentido, pero éstas se tornan claramente insuficientes.

Lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico no ha volcado su atención al nuevo contexto digital, en gran parte, debido a la complejidad técnica de este sector y la rapidez e ingenio con el que operan los agentes tecnológicos. En este sentido, el Plan Nacional de Ciudades Inteligentes invita a la realización de un diagnóstico de la situación actual de nuestro país para posibilitar el despliegue de la *smart city* e identificar una serie de “frenos” normativos, técnicos y regulatorios que

---

<sup>85</sup> En tal caso habría que estar a lo establecido en el artículo 85.4 de la Ley de las Bases del Régimen Local y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 [BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017].



suponen trabas para la consecución de este paradigma<sup>86</sup>. En gran medida, parece que el Derecho se convierte en un impedimento para la consecución de la ciudad inteligente, ya que éste no puede adaptarse con la suficiente velocidad que exigen las tecnologías emergentes. De forma que el Derecho y sus mecanismos tradicionales de producción normativa resultan estáticos y poco adaptables a los cambios sociales.

A su vez, el protagonismo de las empresas en las iniciativas inteligentes es innegable. Las organizaciones empresariales que prestan servicios relacionados con la movilidad precisan de una gran cantidad de información para ofrecer sus servicios, por lo que definir el marco jurídico en el que se desarrolla esta actividad aportaría mayor seguridad jurídica y evitaría el riesgo de que se produzcan prácticas que puedan atentar contra los derechos fundamentales. De hecho, el propio sector privado reclama un marco "legal seguro, transparente y favorable a la inversión" para potenciar este mercado<sup>87</sup>. En conclusión, la llegada de las nuevas tecnologías a la ciudad y a la movilidad origina una gran problemática

---

<sup>86</sup> Vid., GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Industria, Energía y Turismo. (2015). *Plan Nacional de Ciudades Inteligentes*, p.14. Disponible en <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0684517.pdf>. Asimismo, en el Plan de Innovación para el Transporte y las Infraestructuras se expone la necesidad de un marco normativo que controle y regule la disponibilidad de los datos para conseguir un gobierno abierto. Vid., GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. (2018). *Plan de Innovación para el Transporte y las Infraestructuras*. Disponible en <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/planes-estrategicos/plan-innova>.

<sup>87</sup> Vid., SEISDEDOS, G. (2015). *Smart cities: la transformación digital de las ciudades*. Madrid: Instituto de Empresa-PwC, p. 105. Disponible en <https://iot.telefonica.com/...smart-cities/media/libro-blanco-smart-cities-esp-2015.pdf>.

jurídica en relación con la intimidad y protección de datos personales de los usuarios en relación con las estrategias administrativas. La dispersión normativa que existe en la materia aumenta la complejidad de dar respuesta a los distintos retos jurídicos. En este sentido, ya hay autores que reclaman la aprobación de un marco jurídico y ético que regule el uso de datos personales en la era “*smart*”<sup>88</sup>. Así, el establecimiento de un espacio adecuado y definitorio de las garantías de los ciudadanos para que puedan hacer valer sus derechos frente a la cesión de sus datos requeridos por aplicaciones y dispositivos tecnológicos es un asunto que precisa de análisis y estudio, dado que es un aspecto esencial en el desarrollo de la *smart city* y sobre todo de la movilidad inteligente, que opera con una gran cantidad de datos para ofrecer una información personalizada, más ventajosa y en tiempo real a los usuarios de las vías.

#### **4. Consideraciones finales**

**1.** La popularización de la denominada *smart city*, un tipo de urbe que apuesta por el urbanismo ecológico, sostenible y eficaz, ha provocado que se ponga el foco de atención en los desplazamientos que se realizan en ella, caracterizados por ser pocos eficientes. De ahí que el término *smart mobility* se haya colado en el discurso político, empresarial y social. Por ello, esta investigación supone una primera aproximación al fenómeno de la

---

<sup>88</sup> Como, por ejemplo, SCHWARTZ, P.M. (2010). *Data Protection Law and the Ethical Use of Analytics*. The Centre for Information Policy Leadership. Disponible en <https://www.huntonprivacyblog.com/2010/11/30/data-protection-law-and-the-ethical-use-of-analytics/>. Por su parte, el Plan de Innovación para el Transporte y las Infraestructuras consigna la elaboración de un Libro Blanco de la Ética para el vehículo autónomo.



movilidad inteligente, pero desde un punto de vista en el cual no se repara frecuentemente, esto es, el problema que para la protección de los datos personales se deriva del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito de la *smart mobility*. Haciendo especial referencia al papel de la Administración Pública y del Derecho Administrativo en esta materia, dado el protagonismo competencial que la Administración tiene en este tipo de iniciativas.

**2.** Sin embargo, no es posible abordar el objeto de estudio sin tener en cuenta la propia noción de *smart mobility*. Resulta complejo encontrar una definición única del término a pesar de que éste aparece referido en las diferentes estrategias internacionales y nacionales. La Unión Europea considera la *smart mobility* como una de las características principales de la ciudad inteligente. Es más, es el único organismo que ofrece una definición bastante completa, aunque en íntima relación con la *smart city*. En España no se ha apostado normativamente por un concepto propio, sino que se camina en consonancia con las estipulaciones europeas del término. Ni siquiera en la planificación estatal se localiza una definición pese a referirse a ella en multitud de ocasiones. Así, no existe un concepto único o legal de la llamada *smart mobility*. Los intentos de conceptualizar normativamente esta nueva forma de desplazamientos son nulos tanto a nivel comunitario como interno.

El concepto de *smart mobility* no se encuentra cerrado, sino que está en continua formación, abierto a las diferentes posibilidades tecnológicas. Principalmente, se ha intentado proporcionar una definición de ciudad inteligente y utilizar ésta para definir la *smart mobility*, que, por el momento, no goza de noción autónoma. Asimismo, es preciso indicar que el objetivo de este trabajo no es ofrecer un concepto de este fenómeno, sino más bien descubrir sus características como paso previo para abordar la problemática jurídica relacionada con la

protección de datos en el contexto de la movilidad inteligente.

**3.** La información personal es el elemento principal de las aplicaciones que usan inteligencia artificial, tanto que se ha convertido en el maná del siglo XXI. Todo su funcionamiento se articula a partir de los datos que recogen de sus usuarios. Gracias a eso, la movilidad inteligente constituye un fenómeno con múltiples ventajas para ordenar el tráfico y los modos de desplazamiento por la ciudad.

Las aplicaciones de *smart mobility* precisan de una gran cantidad de información de sus usuarios para ofrecer sus servicios de una forma mucho más personalizada, intuitiva y predictiva. Cuando el individuo accede a este tipo de aplicaciones tiene que ceder su información personal si quiere disfrutar de sus variadas opciones. Posteriormente, toda esa información acaba en masivas bases de datos que sigue parámetros técnicos e informáticos en cuanto a su funcionamiento.

Es tal la cantidad de datos que estas aplicaciones llegan a tener que surgen numerosas incertidumbres jurídicas, especialmente, las relacionadas con la salvaguarda de los derechos a la intimidad y la protección de datos personales de los usuarios. Por ello, resulta interesante conocer el contexto normativo que ampara el despliegue de las estrategias administrativas de *smart mobility*. En este sentido, nos encontramos con una maraña de normas que conforman el marco jurídico para posibilitar el despliegue de la inteligencia artificial en nuestro país. No existe una ley general proveniente del Estado que regule el fenómeno en todo su esplendor, sino que tenemos que bucear en nuestro ordenamiento jurídico para encontrar aquellas disposiciones que de forma directa o indirecta aluden a las estrategias *smart*.



Una tarea bastante compleja y enrevesada que dan como resultado un marco normativo complejo, disperso y difuso. Un panorama que en gran medida se convierte en un impedimento para posibilitar el desarrollo de la *smart mobility* en nuestro país, generando más incertidumbre, aún si cabe, a las diferentes relaciones subyacentes que se producen en el contexto de la sociedad digital. Un nuevo horizonte al cual el Derecho se ve abocado y del que se precisa una respuesta para salvaguardar los derechos fundamentales que asisten a los ciudadanos.

La falta de una adecuada regulación específica agrava el problema de la expansión de las estrategias inteligentes en nuestro país. En gran medida, la no ordenación se convierte en un impedimento para la consecución de la *smart city* y la *smart mobility*. Parece que el Derecho y sus mecanismos tradicionales de producción normativa se vuelven estáticos y poco adaptables a la realidad social que llega.

**4.** Así, es necesario el establecimiento de un marco jurídico adecuado y definitorio de las garantías de los ciudadanos para que éstos puedan hacer valer sus derechos frente a la cesión de sus datos requeridos por aplicaciones y dispositivos tecnológicos, y no vean mermada su posición jurídica en la ciudad inteligente y las nuevas formas de desplazamientos. El Derecho debe focalizar su atención en estas innovaciones para asegurar el respeto a las prerrogativas esenciales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Constitución española. Una respuesta jurídica que urge para poder situar a nuestro país en el liderazgo de este tipo de iniciativas.

Además de todo ello, el establecimiento de un marco normativo adecuado y eficaz conseguirá generar confianza en las aplicaciones inteligentes, garantizando el respeto a la protección de datos y a la intimidad de los usuarios. Algo fundamental para que usuarios y

Administraciones Públicas recurran a la *smart mobility* de forma certera con garantías jurídicas y éticas.

**5.** En definitiva, la llegada de la *smart mobility* y la inteligencia artificial a la vida cotidiana es una de las transformaciones radicales de la nueva sociedad digital, convirtiéndose en un elemento de cambio fugaz de nuestro entorno. Todo ello, genera grandes desafíos a los que nuestro ordenamiento jurídico actual no da una respuesta adecuada o no del todo completa. Ya se ha puesto de relieve como nuestra Constitución y el Derecho primario europeo amparan la sociedad digital y llaman a la consecución del desarrollo tecnológico con base a los principios del Estado de Derecho. En esa línea, se necesita construir un marco legal que posibilite el despliegue de este tipo de iniciativas para que los operadores del sector gocen de una cobertura jurídica adecuada, incluida la Administración Pública.

Así es necesario abogar por un marco jurídico sólido que elimine incertidumbres y lagunas que permitan el desarrollo de la *smart mobility* de acuerdo con los principios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Pero esto no es tarea sencilla, ya que requerirá de actualización continua o del recurso a principios flexibles, ya que en el entorno digital los cambios se suceden a una velocidad vertiginosa. Un reto de magnitudes colosales pero cuyos frutos ayudarán a construir una sociedad digital que respete y garantice los derechos de los ciudadanos.

Ahora que el Gobierno ha dispuesto un Ministerio con competencias expresas en Transformación Digital, con una Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (unido al renombramiento del Ministerio de Fomento en Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana) es el momento de tomar en cuenta esta



cuestión para convertir a nuestro país en pionero en el desarrollo de la *smart mobility*<sup>89</sup>.

## 5. Bibliografía

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS-AEPD-. (2016). "El Reglamento de protección de datos en 12 preguntas". [Nota de prensa]. Disponible en [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista\\_prensa/revista\\_prensa/2016/notas\\_prensa/news/2016\\_05\\_26-ides-idphp.php](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2016/notas_prensa/news/2016_05_26-ides-idphp.php).

BARRERO RODRÍGUEZ, M.C. (2018). "El ámbito subjetivo de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno algunas cuestiones abiertas", en VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A.M. y DESCALZO GONZÁLEZ, A. *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso. Tomo II*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 1403-1429.

BARRIO ANDRÉS, M. (2017). "El acceso a Internet como elemento cardinal del servicio universal de telecomunicaciones", en PAREJO ALFONSO, L., VIDA

---

<sup>89</sup> El Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana es la actual denominación que tiene el ministerio que tradicionalmente se ha llamado de Fomento. Se encarga de la propuesta y ejecución de la política gubernamental en infraestructuras de transporte terrestre, aéreo y marítimo. Por su parte, las competencias en telecomunicaciones y sociedad de la información pasan a agruparse en el departamento denominado Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Entre sus competencias se encuentran la propuesta y ejecución de la política del Gobierno para la transformación digital y el desarrollo y fomento de la inteligencia artificial. Vid., Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales [BOE núm. 11, de 13 de enero de 2020].

FERNÁNDEZ, J. y ESTELLA DE NORIEGA, A. (coord.). *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 1631-1665.

CHOZAS PLASENCIA, J.M. y PERÉZ MARTÍN, D. (2017). *Protección de datos en la Administración Pública local en el ámbito de proyectos de movilidad Smart City*. [Comunicación presentada al III Congreso Ciudades Inteligentes]. Disponible en <https://www.esmartcity.es/comunicaciones/comunicacion-proteccion-datos-administracion-publica-local-ambito-proyectos-movilidad-smart-city>.

CAO, G., WANG, S., HWANG, M., PADMANABHAN, A., ZHANG, Z., y SOLTANI, K. (2014). "A Scalable Framework for Spatiotemporal Analysis of Location-based Social Media Data". *Computers, Environment and Urban Systems*, núm. 51, pp. 70–82. Disponible en <https://arxiv.org/abs/1409.2826>.

DOCHERTY, I., MARSDEN, G. y ANABLE, J. (2018). "The governance of smart mobility". *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, vol. 115, pp.114-125. Disponible en <http://eprints.gla.ac.uk/148143/1/148143.pdf>.

DRACHSLER, H., HERDER, E., GUY, M. [et al.] (2014). "Building the Open Elements of an Open Data Competition". *D-Lib Magazine*, vol. 20, núm. 5/6. Disponible en <http://www.dlib.org/dlib/may14/daquin/05daquin.html>.

FERNÁNDEZ CONTE, J. y LEÓN BURGOS, D. (2016). "Antecedentes y proceso de reforma sobre protección de



datos en la Unión Europea”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.). *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Reus, pp. 35-50.

FRÍAS-MARTÍNEZ, V., SOTO, V., HOHWALD, H. y FRÍAS-MARTÍNEZ, E. (2012). “Characterizing Urban Landscapes using Geolocated Tweets”. *2012 International Conference on Social Computing*. Disponible en <https://ieeexplore.ieee.org/document/6406289/citations# Citations>.

FINNIS K, K. y WALTON, D. (2007). “Field observations of factors influencing walking speeds”. *International Conference on Sustainability Engineering and Science*. Disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/b58f/5f444637be79b8a09e66cee2babb989b2b25.pdf>.

GHD. (2014). “New traffic data sources”. *New Data Sources for Transport Workshop, BITRE*. Disponible en <https://www.bitre.gov.au/events/2014/files/GHD-report-new-technologies-workshop.pdf>.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016). *Manual básico de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.

GAMERO CASADO, E. (2009). “Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor”. *Revista de Administración Pública*, núm. 179, pp. 291-332. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/45833/27346>.

GARCÍA-MENÉNDEZ, M., CERRUDO, C., PALAO, M. y EL-YATTOUMI, K. (2015). “Smart Cities ante el desafío de la

seguridad. La ciudad inteligente, escenario clave para el despliegue de las smart OT". *Smart OT Series*, núm. 2, pp.1-33. Disponible en [https://www.cci-es.org/documents/10694/232272/Serie+Smart+OT\\_02\\_Smart+Cities+ante+el+desaf%C3%ADo+de+la+se....pdf/18d30523-0ec3-43f5-9767-c6483723ecab](https://www.cci-es.org/documents/10694/232272/Serie+Smart+OT_02_Smart+Cities+ante+el+desaf%C3%ADo+de+la+se....pdf/18d30523-0ec3-43f5-9767-c6483723ecab).

GARÓFANO, L. (2019). "Los 'hackers' se ceban con el Ayuntamiento de Jerez". *ElMundo.es*. Disponible en <https://www.elmundo.es/andalucia/2019/10/08/5d9cd529fdddf492e8b4575.html>.

GUICHOT REINA, E. (2005). "Derecho a la protección de datos y actividad administrativa". *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 71, pp. 81-120. Disponible en <https://www.euskadi.eus/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=38&t59aContenido=3&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=71>.

GUICHOT REINA, E. (2007). "Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio". *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, pp. 43-74. Disponible en [https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/16277/file\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/16277/file_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

GIFFINGER, R., FERTNER, C., KRAMAR, H. [et al.]. (2007). *Smart Cities: Rankinf of European Medium-Sized Cities*. Centre Regional Science. Universidad Tecnológica de Viena. Disponible en [http://smart-cities.eu/download/smart\\_cities\\_final\\_report.pdf](http://smart-cities.eu/download/smart_cities_final_report.pdf).



GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. (2015). "Smart cities vs. Smart governance: ¿dos paradigmas de interrelación administrativa no resueltos aún?". *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 300, pp.53-85. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/283730513>.

KOMNINOS, N. (2011). "Intelligent cities: Variable geometries of spatial intelligence". *Intelligent Buildings International*, vol. 3, pp. 172-188. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/233470549/download>.

LATHIA, N., SMITH, C., FROEHLICH, J., y CAPRA, L. (2013). "Individuals among commuters: Building personalised transport information services from fare collection systems". *Pervasive and Mobile Computing*, vol. 9, núm.5, pp. 643-664. Disponible en <https://doi.org/10.1016/j.pmcj.2012.10.007>.

LONG, Y. y SHEN, Z. (2015). *Geospatial Analysis to Support Urban Planning in Beijing* [en línea]. China: Springer International Publishing. Disponible en <https://books.google.es/books?id=K4vDCgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

MANVILLE, C., COCHRANE, G., CAVE, J., MILLARD, J. [et al.]. (2014). *Mapping Smart Cities in the EU*. Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOLITRE\\_ET\(2014\)507480\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOLITRE_ET(2014)507480_EN.pdf).

MARTÍN-FERNÁNDEZ, F., CABALLERO-GIL, P. y CABALLERO-GIL, C. (2014). "Autenticación no interactiva para Internet de las Cosas", en ÁLVAREZ, R., CLIMENT, J.J. (ed.) [et al.]. *RECSI XIII, Actas de la XIII*

*Reunión Española sobre Criptología y Seguridad de la Información*. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, pp. 75-80.

PAPA, E. y LAUWERS, D. (2015). *Smart mobility: Opportunity or threat to innovate places and Cities*. 20th International Conference on Urban Planning and regional Development in the Information Society. Belgium: Competence Center of Urban and Regional Planning, pp. 542-550. Disponible en [http://westminsterresearch.wmin.ac.uk/16363/1/CORP2015\\_46-1.pdf](http://westminsterresearch.wmin.ac.uk/16363/1/CORP2015_46-1.pdf).

PÉREZ PRADA, F., VELÁZQUEZ ROMERA, G., FERNÁNDEZ AÑEZ, V. y DORAO SÁNCHEZ, J. (2015). "Movilidad inteligente". *Economía industrial*, núm. 395, pp.111-121. Disponible en <http://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/395/FIAMMA%20PEREZ%20y%20OTROS.pdf>.

PIÑAR MAÑAS, J.L. (2016). "Objeto del Reglamento", en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.). *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Reus, pp.51-64.

PIÑAR MAÑAS, J.L. (2017). "Derecho, técnica e innovación en las llamadas ciudades inteligentes", en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.). *Smart cities. Derecho y técnica para una ciudad más habitable*. Madrid: Reus, pp.11-32.

PIÑAR MAÑAS, J.L. (2019). "El Tribunal Constitucional acaba con la posibilidad de que los partidos políticos recaben sin consentimiento datos sobre opiniones



políticas". *Abogacía.es*. Disponible en <https://www.abogacia.es/2019/06/10/el-tribunal-constitucional-acaba-con-la-posibilidad-de-que-los-partidos-politicos-recaben-sin-consentimiento-datos-sobre-opiniones-politicas/>.

REDDY, S., MUN, M., BURKE, J., ESTRIN, D., HANSEN, M., y SRIVASTAVA, M. (2010). "Using mobile phones to determine transportation modes". *ACM Transactions on Sensor Networks*, vol. 6, núm. 2, pp. 1-27. Disponible en <http://sclab.yonsei.ac.kr/courses/11mobile/11mobile.files/paper/21.pdf>.

RODRÍGUEZ BUSTAMANTE, P. (2015). "La movilidad inteligente en las ciudades". *Momento digital.com*. Disponible en <http://momento.digital/la-movilidad-inteligente-las-ciudades/>.

RUIZ DE ZÁRATE, A., BUSTILLO, C. [et al.]. (2018). *Derecho inteligente para Ciudades Inteligentes. Desafíos legales de las Smart Cities*. [Comunicación presentada al III Congreso Ciudades Inteligentes]. Disponible en <https://www.esmartcity.es/comunicaciones/comunicacion-derecho-inteligente-ciudades-inteligentes-desafios-legales-las-smart-cities>.

SCHUURMAN, D., BACCARNE, B., DE MAREZ, L. y MECHANT, P. (2012). "Smart Ideas for Smart Cities Investigating Crowdsourcing for Generating and Selecting Ideas for ICT Innovation in a City Context". *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, vol. 7, núm. 3, pp. 49-62. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4357121&orden=408480&info=link>.

SCHWARTZ, P.M. (2010). *Data Protection Law and the Ethical Use of Analytics*. The Centre for Information Policy Leadership. Disponible en <https://www.huntonprivacyblog.com/2010/11/30/data-protection-law-and-the-ethical-use-of-analytics/>.

SEGUÍ PONS, J.M. y MARTÍNEZ REYNÉS, M.R. (2004). "Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales". *Scripta Nova*, vol. 6, núm. 170 (60). Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-170-60.htm>.

SEISDEDOS, G. (2015). *Smart cities: la transformación digital de las ciudades*. Madrid: Instituto de Empresa-PwC. Disponible en <https://iot.telefonica.com/...smart-cities/media/libro-blanco-smart-cities-esp-2015.pdf>.

STARICCO, L. (2013). "Smart mobility opportunità e condizioni". *TEMA, Journal of Land Use, Mobility and Environment*, vol.6, núm. 3, pp. 341-354. Disponible en: <http://www.rmojs.unina.it/index.php/tema/article/view/1933/2111>.

VALERO TORRIJOS, J. (2015). "Ciudades inteligentes y datos abiertos: implicaciones jurídicas para la protección de los datos de carácter personal". *Saggi e Articoli, Istituzioni del Federalismo*, núm.4, pp.1025-1047. Disponible en [https://www.regione.emilia-romagna.it/affari\\_ist/Rivista\\_4\\_2015/Torrijos.pdf](https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_4_2015/Torrijos.pdf).

VALLS PRIETO, J. (2018). "El uso de inteligencia artificial para prevenir las amenazas cibernéticas", en VALLS PRIETO, J. (coord.). *Retos jurídicos por la sociedad digital*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 77-106.



---

VODAFONE QATAR. (2014). "Transporte inteligente: ¿la revolución de las ciudades modernas?". *Actualidades de la UIT*, núm. 4, pp. 19-20. Disponible en <https://www.itu.int/bibar/ITUJournal/DocLibrary/ITU011-2014-04-es.pdf>.

## **EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO COMO LLAVE PARA LA REEDUCACIÓN Y REINSECCIÓN SOCIAL**

**D. Gabriel Caro Herrero**

Graduado en Derecho.

Máster de Acceso a la Abogacía

Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca.

**Resumen:** La constitución consagra en su artículo 25 la finalidad a la que todas las penas privativas de libertad deben estar orientadas: la reeducación y la reinserción social. Es por ello que, desde la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria en el año 1979, y en sus posteriores desarrollos reglamentarios, se estableció el tratamiento penitenciario, que no es otra cosa que el conjunto de mecanismos integrados para alcanzar tal fin, aplicados al sujeto mientras cumple su pena de prisión.

El tratamiento penitenciario aglutina distintos instrumentos o elementos que, por su contenido, permiten al interno adquirir las habilidades necesarias para tomar una vida alejada del delito, teniendo en cuenta en todo momento la personalidad del recluso como factor determinante para su aplicación.



A su vez, fruto de la evolución científica y jurídica en la materia, se han desarrollado programas específicos de intervención que permiten un tratamiento mucho más desarrollado y específico sobre determinados tipos de sujetos.

Se incluyen también en el presente trabajo, propuestas de mejora dentro de este campo y valoraciones sobre las distintas vicisitudes que se derivan de su aplicación en la actualidad.

**Summary:** The constitution enshrines in its article 25 the purpose to which all prison sentences should be oriented: reeducation and social reintegration. That is why since the promulgation of the General Penitentiary Organic Law in 1979, and in its subsequent regulatory developments, penitentiary treatment was established, which is nothing other than the set of integrated mechanisms to achieve this purpose, applied to the subject while serving his prison sentence.

The prison treatment brings together different instruments or elements that, due to their content, allow the inmate to acquire the necessary skills to take a life away from the crime, taking into account at all times the personality of the inmate as a determining factor in its application.

In turn, as a result of scientific and legal developments in the field, specific intervention programs have been developed that allow a much more developed and specific treatment on certain types of subjects.

Also included in this work are proposals for improvement within this field and assessments of the different visions that are derived from its application today

**Palabras clave:** Prisión, tratamiento penitenciario, delito, condena, reinserción, reeducación social, resocialización, criminología.

**Keywords:** Prison, prison treatment, crime, sentence, reeducation, social reintegration, resocialization, criminology.

Sumario: INTRODUCCIÓN 1. EL FIN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.-1.1. Marco constitucional, 1.2. Resocialización, reeducación y reinserción social: contenido y delimitación, 1.3. Breve mención a los obstáculos del medio carcelario. 2. CONTENIDO DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO.-2.1. Concepto, 2.2. Principios rectores del tratamiento penitenciario, 2.3. El tratamiento penitenciario y su relación con los distintos grados de clasificación. 3. INSTRUMENTOS GENERALES DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO. -3.1. Sujetos encargados de la aplicación del tratamiento penitenciario, 3.2. El trabajo penitenciario, 3.3. Los permisos de salida, 3.4. Educación y formación, 3.5. Los grupos de comunidad terapéutica, 3.6. Las salidas programadas. 4. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO: LOS PROGRAMAS ESPECÍFICOS DE INTERVENCIÓN. -4.1. Marco Conceptual, 4.2. Programa de intervención para drogodependientes, 4.3. Programa de Intervención para agresores sexuales, 4.3.A La figura del agresor sexual. 4.4. Programa de intervención para agresores en materia de violencia de género.5. CONCLUSIONES.BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo, como el propio título indica, es el estudio del tratamiento penitenciario como



llave para lograr la reinserción social y reeducación de los internos, de aquellas personas que, habiendo sido condenadas a una pena de prisión por la comisión de un delito, se ven abocadas a verse privados de libertad entre unos muros. Individuos que, a fin de cuentas, recobrarán la libertad algún día y para entonces deberán estar recuperados ya no solo para vivir en sociedad, sino para hacerlo sin tener que volver a delinquir. Dicho objetivo no podrá conseguirse si limitamos la prisión a un simple cautiverio, a un castigo en el que el sujeto solamente tendría como horizonte el transcurso de las agujas del reloj. A este respecto, queremos que este trabajo sirva para romper barreras, para que se perciba que las prisiones no pueden consistir simple y llanamente en espacios ajenos a la sociedad donde apartar, por el máximo tiempo posible, a quienes quebrantaron la ley en una u otra circunstancia; no pueden ser el flagelo con el que el Estado castiga a quienes se desviaron. Para lograr lo que les acabo de mencionar tenemos el tratamiento penitenciario, pues servirá para conseguir la reconstrucción de esas personas, o dicho de otra forma, representa la esperanza de que la pena de prisión tenga una utilidad real para la sociedad.

El desarrollo de este trabajo se realizará partiendo desde un contenido teórico, hasta alcanzar el conocimiento de la vertiente práctica del tratamiento. Dicho de otra manera, lo primero que se tendrá ocasión de estudiar será el fin de las penas privativas de libertad en España, para posteriormente adentrarse en el contenido del tratamiento penitenciario, los instrumentos de los que se sirve y finalmente, el análisis de los denominados programas específicos de intervención para ciertos sujetos o perfiles.

Todo esto ha podido ser elaborado utilizando fuentes como libros, manuales, revistas y otras publicaciones doctrinales, resoluciones judiciales, si bien no son muy

abundantes en la materia, e instrucciones de la Administración Penitenciaria. No obstante, también se ha recopilado información de otras áreas de conocimiento distintas, que no ajenas, al Derecho, como la Sociología, la Psicología, la Criminología o la Estadística, sin las cuales el contenido de este trabajo no podría haber sido desarrollado con satisfacción.

## **1. EL FIN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**

Antes de ahondar en el estudio del tratamiento penitenciario en su profundidad, es necesario realizar una disertación acerca del objetivo marcado en nuestro ordenamiento para la pena privativa de libertad, qué implica dicho objetivo y qué trabas o problemas son los que han de superarse para ser alcanzado.

### **1.1. Marco constitucional**

El contenido del art. 25.2 de la Constitución Española (en adelante CE) es un precepto que, con un amplio contenido, deja por sentadas las bases para cuestiones de absoluta relevancia en el sistema penitenciario como es el respeto y límites de los derechos fundamentales de los internos, el trabajo penitenciario, el acceso a la cultura o el desarrollo íntegro de su personalidad. Pero sin duda, lo que realmente nos resulta relevante, a efectos de este trabajo, es la determinación del objetivo último de las penas privativas de libertad: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”*.

Quienes elaboraron nuestra carta magna fueron bastante precisos a la hora de delimitar el fin de la pena privativa de libertad, plasmando los términos de



“reeducación y reinserción social”, configurados como un mandato dirigido a quienes operan en la ejecución de las penas para que estas no tuviesen una mera función preventiva y se avanzase más allá: que su desarrollo se enfoque u oriente al modo de vida en sociedad libre, persiguiendo la inclusión en el sujeto de los valores sociales amparados por las normas penales, lográndose que sea capaz de vivir en sociedad conforme a dichas normas e integrarse en la comunidad<sup>1</sup>.

Es por ello que, en el siguiente apartado detallaremos y explicaremos el contenido de ambos términos plasmados en el 25.2 CE. Conviene sentar de forma anticipada que, el hecho de que tengan esta ubicación en el texto constitucional no implica que sean considerados derechos subjetivos fundamentales del penado, sino que son una expectativa legítima y respetable que nace fruto del mandato constitucional dado por el legislador, no pudiendo interpretarse en ningún caso como superflua<sup>2</sup>.

## **1.2. Resocialización, reeducación y reinserción social: contenido y delimitación**

El hecho de que nuestro legislador constituyente en la redacción del art. 25.2 diese un fin a las penas privativas de libertad muy concreto, no quiere decir que no deban tenerse en cuenta otros vocablos o conceptos para conocer la esencia de dicho precepto. Con esto queremos referirnos a la idea de resocialización, la cual ha sido entendida como el marco que permite aprovechar la estancia del individuo en prisión para atacar las causas que le hicieron cometer el delito y

---

<sup>1</sup> Vid. AYUSO VIVANCOS, A.: *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*, Ed. Nau Llibres, Valencia, 2003, pp. 31-33.

<sup>2</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte general del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 705 y 706.

erradicarlas, a fin de que el sujeto esté preparado y dispuesto a llevar una vida futura, integrado en la sociedad, sin recaer en el delito<sup>3</sup>. Este marco o concepto de resocialización resulta enormemente amplio, por lo que debemos hacer una distinción entre dos partes claramente diferenciadas que lo componen y que, a su vez, se corresponden con el mandato del 25.2 CE del que ya hemos hablado: la reeducación y la reinserción social.

Reeducación implica, según un sector de la doctrina, combatir las causas de la delincuencia y evitar que la persona vuelva a delinquir<sup>4</sup>. Otra definición que podemos ofrecer, ya menos superficial que la anterior, consiste en entender la reeducación como la adquisición de actitudes o valores predominantes en una sociedad y necesarios para reaccionar durante su vida en libertad, lo cual no impide el disenso interno del individuo respecto a aquellos, pero si será imprescindible que adquiera la capacidad para actuar con respeto a los mismos<sup>5</sup>.

Reinserción social implica evitar la exclusión del recluso respecto de la sociedad, para así garantizar y promocionar las condiciones objetivas para su posterior reintegración en la misma<sup>6</sup>. Dicho con otras palabras,

---

<sup>3</sup> Vid. MATA Y MARTÍN, R. M.: *Fundamentos del sistema penitenciario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, p. 204.

<sup>4</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 150-153.

<sup>5</sup> Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J.: "El valor constitucional del mandato de resocialización". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 63, 2001, pp. 45-76.

<sup>6</sup> Vid. LÓPEZ MELERO, M.: "Cuestiones sobre el régimen y el tratamiento penitenciario". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, vol. 67 nº1, 2014, pp. 272 y 273.



reinserción social es aquella proyección, garantizada por el estado para con los internos, que implica remover todos aquellos obstáculos que debieran encontrarse durante la pena de prisión y que impidan su correcta integración en la sociedad una vez se encuentre en libertad<sup>7</sup>.

### **1.3. Breve mención a los obstáculos del medio carcelario**

Alcanzar los fines de reinserción social y reeducación no tendría por qué presentarse como una tarea compleja pues, como se verá a lo largo del trabajo, contamos con el desarrollo normativo adecuado para ello. Sin embargo, cuando nos aproximamos a la realidad práctica, nos damos cuenta que introducir a un sujeto en prisión implica de por sí un notable impacto en su esfera personal, pues ahora resultará apartado de su medio social y de vida para convivir en un espacio complicado, encerrado con individuos de toda índole. Pues bien, en este contexto, diversos son los problemas que van a aflorar y obstaculizar la consecución de los fines de la pena privativa de libertad: someter al interno a un sistema de vida penitenciario que resulta exclusivo y excluyente con cualquier otra pauta de vida, la incomunicación del entorno, las pautas de funcionamiento tan distintas respecto a las de la sociedad y a las que el sujeto se termina aclimatando, la violencia y la coerción, y también, la milimétrica

---

<sup>7</sup> Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?" *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado*, vol. 67 nº1, 2014, pp. 373 y 374.

reglamentación del régimen de vida<sup>8</sup>. Dicho de otra forma, existirá un control absoluto sobre la forma en que se desarrollará la vida de los internos: su rutina, actividades, horarios y tareas a realizar van a ser únicamente las que les sean impuestas o permitidas y no otras. Cuando nos referimos a violencia y coerción, nos referimos a aquellas situaciones de tensión entre los internos en las que el más mínimo roce o confrontación entre ellos puede desencadenar en amenazas o agresiones de toda índole.

Estos problemas deberán ser superados inexcusablemente si queremos lograr la recuperación de la persona y para ello, tenemos a nuestra disposición el tratamiento penitenciario, el cual, por su contenido y los instrumentos que integra, solventa, o al menos restringe, las trabas que forman parte del día a día de todos los penados.

## **2. CONTENIDO DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO**

### **2.1. Concepto**

En este momento corresponde sentar las distintas formas que existen para entender el tratamiento penitenciario, desde su concepción en la Ley Orgánica General Penitenciaria hasta la establecida en el Reglamento Penitenciario del año 1996, pasando por la visión que ciertos autores han dado a tal figura.

Pues bien, como les adelantábamos, la definición más estrictamente legal que podemos tomar se nos

---

<sup>8</sup> Esta síntesis de problemas ha sido extraída de BLANCO LOZANO, C. y TINOCO PASTRANA, A.: *Prisión y resocialización*, Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2009, pp. 65-67.



presenta en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979, en adelante LOGP) en su art. 59, donde se define esta figura como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Este concepto venía a formar parte de una nueva concepción de sistema penitenciario que en nuestro país se estaba comenzando a implantar, fruto del proceso de transición democrática.

Nuestra literatura más arcaica ya profundizó en esta cuestión, tratando de dotar al tratamiento una visión neutra, fuera de contenidos éticos, morales o sociológicos, quedando así: el tratamiento penitenciario debe presentarse como una ayuda o herramienta basada en las ciencias de la conducta que el interno voluntariamente acepta para que pueda superar el conjunto de condicionamientos individuales o sociales que le hayan podido provocar o facilitar su delincuencia<sup>9</sup>. Esta concepción nos da una visión del tratamiento penitenciario que podríamos calificar como clínica, pues como puede observarse, establece como piedra angular del tratamiento las ciencias conductuales.

Una visión más actual define tratamiento penitenciario como el medio para la consecución de las finalidades que la pena privativa de libertad tiene atribuidas, a través de la realización de un conjunto de actividades y programas que fomentan el cambio en la conducta del interno para que adquiera un conjunto de habilidades, actitudes, destrezas y capacidades varias

---

<sup>9</sup> Vid. ALARCÓN BRAVO, J.: "El tratamiento penitenciario". *Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela*, nº2, 1978, p.21.

que le permitan adaptarse a la sociedad de forma normalizada<sup>10</sup>.

De todo lo anterior, podemos extraer que el tratamiento penitenciario no puede significar pura y únicamente una intervención médico-biológica en la esfera del sujeto que se enfoque a conseguir su reinserción o evitar su reincidencia; el tratamiento penitenciario no es un compendio farmacológico, pues los internos no son simples enfermos que necesitan una cura, debe darse un paso más allá. Tampoco puede consistir en una serie de métodos dirigidos a despersonalizar a una serie de individuos que de por sí ya se encuentran suficientemente estigmatizados<sup>11</sup>.

Creemos importante también plasmar la valoración que el legislador realizó sobre el tratamiento penitenciario en el año 1996, en el preámbulo del nuevo Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, en adelante RP) la cual reza así: *«En el tratamiento penitenciario se encuentra el potencial más innovador para que la Administración Penitenciaria pueda mejorar el cumplimiento de la misión de preparación de los reclusos para la vida en libertad que tiene encomendada, cuya consecución exige ampliar la oferta de actividades y de programas específicos para los reclusos, potenciando las prestaciones dirigidas a paliar, en lo posible, las carencias y problemas que presentan los internos y, en definitiva, evitando que la estancia de los internos en los centros penitenciarios constituya un*

---

<sup>10</sup> Vid. ARNOSO MARTÍNEZ, M.: *Cárcel y trayectorias psicosociales: actores y representaciones sociales*, Ed. Albertdania, San Sebastián, 2005, p. 50.

<sup>11</sup> Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F.: *Cárcel electrónica Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 18.



*tiempo ocioso y perdido*”. Con esto, en definitiva, se pretende de un lado que el tratamiento penitenciario esté dotado de un mayor dinamismo y de otro, que el tiempo que el interno vaya a pasar dentro de prisión le reporte algún tipo de utilidad de cara a su puesta en libertad.

También en el preámbulo del RP se nos introduce un cambio de enorme trascendencia para el tratamiento penitenciario la superación total de la concepción clínica de tratamiento de la que hablamos al principio de este epígrafe: *“El reglamento opta por una concepción amplia del tratamiento que no solo incluye las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas, concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de su personalidad, dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación”*. El tratamiento ya no se limita únicamente al ámbito clínico, sino que amplía su marco de actuación a toda clase de aspectos y cuyas herramientas abarcarán incluso, como puede leerse, el ocio y el deporte.

Así pues, nuestra concepción de tratamiento consistirá en establecerlo como el vehículo imprescindible que hace que, una pena privativa de libertad impuesta a un sujeto, dé como resultado su reinserción y reeducación a través de una serie de instrumentos y mecanismos debidamente integrados y aplicados a cada sujeto en concreto.

## **2.2. Principios rectores del tratamiento penitenciario**

En el desarrollo del presente trabajo resulta de enorme importancia sentar cuanto antes los fundamentos que sirven de base para el funcionamiento del tratamiento penitenciario, su configuración y su aplicación a los internos. Contenidos en su mayoría en el

art. 62 de nuestra LOGP, encuentran también su reflejo en el RP y han sido clasificados por nuestra doctrina en siete<sup>12</sup>, que a continuación vamos a explicar detalladamente.

### **2.2. A Principio de objetividad científica**

Como señala el art. 62.a) de la LOGP, y correlativamente el 174.1 RP, al iniciarse el tratamiento penitenciario, debe partirse siempre de un estudio científico de la personalidad cuyo resultado ha de constar en el protocolo del recluso. Se tendrán en cuenta variables como: su temperamento, actitudes, aptitudes y del aspecto evolutivo de su personalidad. Clarificando estos términos, con el fin de desgranar mejor este principio, presentamos la siguiente relación de conceptos: el temperamento es el resultado de los rasgos emotivos de su personalidad, proyectados por el individuo hacia el medio que le rodea; el carácter es la configuración relativamente permanente de un individuo a la que acompañan los aspectos habituales y típicos de su comportamiento que aparecen integrados entre sí, tanto en el sentido interno como en el interpersonal; la aptitud es la capacidad potencial que hace a un individuo apto para determinada actividad; y por último el aspecto evolutivo de la personalidad son el conjunto de variables

---

<sup>12</sup> La clasificación que vamos a seguir ha sido delimitada y puede consultarse en ARANDA CARBONELL, M. J.: *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario análisis teórico y aproximación práctica*, Ed. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Madrid, 2006, pp. 65-110.



que han influido en el desarrollo personal del interno hasta llegar al momento en que nos encontramos<sup>13</sup>.

Es decir, lo que el principio de objetividad científica nos establece es que no podrá aplicarse tratamiento alguno si antes no conocemos la forma de ser de un sujeto tanto para sí mismo como para con el exterior, las condiciones que de una manera u otra han influido en esta o la utilidad y capacidad de este para desenvolverse.

### **2.2.B Principio de diagnóstico de la personalidad y juicio pronóstico**

Como nos señala el art. 62.b) de la LOGP y paralelamente el 116.4 del RP, el tratamiento debe guardar siempre relación directa con el diagnóstico de su personalidad criminal y el juicio pronóstico inicial, tomándose en cuenta su historial o resumen de actividad delictiva y demás datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales del sujeto. Como podemos observar, ahora la primera cuestión importante no es determinar cuál es la personalidad del sujeto o los puntos que de ella se derivan, y que vimos en el principio anterior, sino su más estricta personalidad criminal, dicho de otra forma, ante qué clase de delincuente nos encontramos, cuál es su patrón de comportamiento delictivo y cuáles son las razones de fondo o factores tanto externos como internos que le mueven a quebrantar la ley penal. Paralelamente, se debe realizar un juicio pronóstico con carácter inicial, es decir, valorar o prever de qué manera se comportará el sujeto en el futuro. Conocer los extremos que acabamos de exponer no será tarea fácil, pues deberá ejecutarse un estudio

---

<sup>13</sup> Todos esos conceptos han sido extraídos de UMBERTO, G.: *v. Aptitud, Carácter, Evolución, Temperamento*, en *Diccionario de psicología*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 111, 163, 463 y 1051.

que aglutine de un lado un informe psicológico acerca de la personalidad del sujeto, de otro el resumen de su actividad delictiva y por último el informe social que describa el entorno del interno, ya sea familiar, laboral, residencial o de otra clase<sup>14</sup>.

### **2.2.C Principio de individualidad**

Partiendo del art. 62.c.) de la LOGP, y del art. 20.2 del RP, podemos inferir que el tratamiento será en todo caso individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación con la personalidad del interno.

Cada interno a partir de sus circunstancias y características particulares recibirá un determinado y específico tratamiento, pues no existen dos penados iguales, y por ende, la institución penitenciaria habrá de seleccionar y aplicar de entre los distintos métodos, aquellos que desde un punto de vista científico más convengan para lograr los fines del tratamiento en ese penado en concreto<sup>15</sup>. Evitamos así los tratamientos estandarizados o por defecto.

### **2.2.D Principio de integración**

El art. 62.d) de la LGOP sienta que como regla general el tratamiento será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado

---

<sup>14</sup> Para comprobar y profundizar en lo explicado de este principio consúltese en ARANDA CARBONELL, M. J.: *op. cit.*, p. 74-80.

<sup>15</sup> Vid. LÓPEZ MELERO, M.: *op. cit.*, pp. 340-342.



Lo que este precepto viene a indicar es que la Administración Penitenciaria deberá de integrar y coordinar adecuadamente los distintos métodos que existen cuando un interno se somete al tratamiento, evitándose así aplicar instrumentos o técnicas que no estén debidamente armonizadas entre sí. La parte que quizás más importante nos resulta es cuando se nos indica que el marco del régimen debe ser adecuado; es decir, el conjunto de normas y reglas que rigen la vida en prisión debe estar destinado a crear un ambiente que permita que el tratamiento pueda conseguir su fin<sup>16</sup>. Dicho de otra forma, el régimen no podrá nunca suponer un obstáculo para el buen desarrollo del tratamiento.

### **2.2.E Principio de programación**

Por medio del art. 62.e) LOGP y del 174 del RP sabemos que el tratamiento estará siempre programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de las tareas o quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores.

Este principio obliga a la Administración Penitenciaria a tener planificado con carácter general la actuación en el tratamiento para posteriormente aplicar su contenido al interno, con menor o mayor vigor según las distintas variables que se presenten. Además, debe seguirse una correcta organización funcional en las

---

<sup>16</sup> Y coherentemente, dentro de este principio, el art. 73 del RP nos define régimen penitenciario en consonancia con el tratamiento penitenciario: *“El conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento, la retención y custodia de los reclusos”*. Además en su apartado segundo se señala expresamente que *“no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento”*.

tareas a ejecutar por parte de aquellos profesionales que deben intervenir.

### **2.2.F Principio de dinamicidad**

Siguiendo el 62.f) el tratamiento tendrá carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena. Dicho de otra manera, a medida que el interno evolucione o responda, el tratamiento se irá adaptando a las diversas facetas por las que vaya atravesando su personalidad<sup>17</sup>.

Para que este principio pueda ser puesto en funcionamiento es necesario y esencial que se siga una correcta evaluación de los internos, como máximo cada 6 meses, pudiéndose reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial, en función de las vicisitudes que se deriven de dicha evaluación (RP art. 105.1).

### **2.2.G Principio de voluntariedad**

El tratamiento penitenciario tiene carácter voluntario para el interno, es decir, podrá elegir si adherirse y seguir el mismo o por el contrario rehusarlo. Sin embargo no existe en nuestra LOGP un precepto que declare expresamente la voluntariedad en el tratamiento penitenciario, con lo cual deberán estudiarse una serie de artículos en su conjunto para llegar a esta conclusión.

La voluntariedad del tratamiento se infiere a través del siguiente razonamiento inductivo: por un lado, el art. 3 de la LOGP sienta que la actividad penitenciaria

---

<sup>17</sup> Vid. GARRIDO GUZMAN, L.: *Manual de ciencia penitenciaria*, Ed. Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, p. 298.



se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos; de otro el art. 4.2 de la misma norma al enunciar que se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario, y por último, del art. 61 LOGP, el cuál sienta que se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para que en el futuro sea capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos, debiendo ser estimulados en cuanto sea posible en el interés y la colaboración en su propio tratamiento<sup>18</sup>. También puede encontrarse la nota de la voluntariedad en el art. 116 del RP, esta vez establecida ya de una manera más clara y directa. A nuestro parecer, todo aquello que implique fomentar o estimular, por sí mismo, no implica coacción en el interno, al contrario, debe ser interpretado como un conjunto de ayudas encaminadas a que el sujeto decida adherirse al mismo al interpretarlo como algo positivo para su persona y su futuro una vez fuera de prisión.

No obstante han surgido críticas a esta voluntariedad en el tratamiento indicando que en nuestra práctica tiene poca vigencia, ya que nuestras cárceles no dejan de ser centros de disciplina y porque en numerosas ocasiones se recurre al sistema premio-castigo para fomentar la adhesión del interno al tratamiento<sup>19</sup>. Un ejemplo de esta situación sería el caso de utilizar como motivo para la denegación de permisos el no seguir las actividades de tratamiento<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Vid. GALLEGO DÍAZ, D: "Tratamiento penitenciario y voluntariedad". *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra, 2013, pp. 100-102.

<sup>19</sup> Tal crítica puede consultarse en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L: "El tratamiento penitenciario". En JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 318.

<sup>20</sup> Vid. RACIONERO CARMONA, F.: "El tratamiento Penitenciario". En RACIONERO CARMONA, F.: *Derecho*

### **2.3. El tratamiento penitenciario y su relación con los distintos grados de clasificación**

Como el propio título indica, tendremos ocasión de conocer ahora como opera el tratamiento penitenciario en cada uno de los grados en los que el un interno puede ser clasificado; sabiendo pues, que a medida que el grado sea más bajo, mayor dureza se encontrará el penado en su clima de vida. Dicho esto, debemos indicar que son dos las reglas que presiden y dan forma a nuestro sistema de clasificación de los internos: la individualización científica y la flexibilidad.

La primera de ellas se establece en el art. 72.1 de la LOGP y seguidamente en el art. 102. 1 del RP. De ambos preceptos se infiere que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados. Tal regla implica que será el estudio de la personalidad del interno y los resultados que de él se deriven lo que nos determine en qué grado va a ser clasificado inicialmente, alcanzándose así una ruptura con el tradicional sistema progresivo y las férreas reglas que contenía, pues obligaba a los internos a pasar por todos los grados existentes, pudiendo avanzar únicamente a través del mero transcurso del tiempo<sup>21</sup>. Por ende, el sistema de individualización científica se traduce en la libertad de poder clasificar a un interno en cualquiera de los tres grados penitenciarios a partir de criterios estrictamente

---

*Penitenciario y privación de libertad, una perspectiva judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 246.

<sup>21</sup> Idea sintetizada a partir de lo contenido en FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica y tratamiento en prisión*, Ed. Ministerio Del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013, pp. 479-484.



relacionados con la personalidad del interno y en lo sucesivo, por su evolución. La individualización científica guarda una muy estrecha relación con el tratamiento penitenciario, pues sin este el individualizar a los internos sería una tarea ardua y carente de sentido o utilidad<sup>22</sup>. Cabe mencionar que el marco tan genérico y amplio del sistema de individualización científica ha permitido la aparición de subsistemas de cumplimiento en función de las categorías delictuales a las que pertenezca el sujeto, lo cual constituye en cierta medida una desviación respecto del carácter individualizado y flexible de dicho sistema, no mereciendo esta última consideración el establecimiento de regímenes de vida distintos para cada grado con el fin de posibilitar un tratamiento más idóneo para cada caso concreto y específico<sup>23</sup>.

Existen críticas, en las que no indagaremos por quedar fuera del ámbito de este trabajo, a la hora de afirmar que en nuestro ordenamiento rija una individualización científica pura, ya que existen preceptos que impiden o truncan la posibilidad de avanzar con carácter inicial o temprano al tercer grado. Simplemente citaremos, como ejemplo, la regla recogida en el art. 36 del Código Penal (en adelante CP, Ley Orgánica 10/1995) tras la reforma introducida por la LO 7/2003, y es el periodo de seguridad que se exige como con carácter general para los delitos castigados con pena de más de 5 años, el cual obliga a haber cumplido al menos la mitad de la condena para poder acceder al tercer grado. ¿Por qué se ha afirmado que es una barrera a la regla de la individualización científica? Porque, con su aplicación, se da preferencia a un criterio

---

<sup>22</sup> *Ibidem* p. 490.

<sup>23</sup> Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *El Sistema Penitenciario Español ante el siglo XXI*, Ed. Iustel, Madrid, 2013, pp. 99-101.

tan objetivo como es la duración de la condena antes que a las circunstancias y elementos de la personalidad del interno para clasificarlo, mermándose en tal caso la capacidad que tienen los profesionales que trabajan en nuestras prisiones de poder incluir al interno en tercer grado cuando dicho individuo ingrese en prisión si su condena es superior a 5 años, independientemente de que tras el estudio de su personalidad se estimase como conveniente tal clasificación.

Pues bien, continuando nuestro análisis llegamos a la conclusión de que mientras que el sistema progresivo se caracterizaba por la más pura rigidez, el sistema de individualización científica se va a caracterizar por su flexibilidad, es decir, permite una ejecución personalizada en la que se combinen las características de los distintos grados, sin encorsetar a los internos<sup>24</sup>. Si bien esto último se hace con el fin de poder llevar a cabo un programa específico de tratamiento que de otra forma no podría ser ejecutado, como nos señala el 100.2 del RP.

Una última cuestión que debemos sentar, antes de analizar la relación entre tratamiento y cada uno de los grados, es la siguiente: ¿la clasificación en cualquiera de los grados determina en sí un tratamiento concreto? La respuesta, desde un punto de vista teórico, debería ser un no; pues el tratamiento que un interno va a seguir debería estar determinado de forma independiente a cualquier automatismo o regla predeterminada que se aleje de lo que es el resultado obtenido del estudio de su personalidad, y por ende, del plan individualizado que cada interno debe seguir. Sin embargo, realizando un

---

<sup>24</sup> Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria". *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 8, 2004, p. 5.



razonamiento sobre cómo sería en la práctica, nos damos cuenta que quizás sería más difícil sostener dicha afirmación en ciertos supuestos, como por ejemplo, para aquellos internos clasificados en primer grado, cuya peligrosidad, como ser verá en el siguiente apartado, será en nuestra opinión condición determinante para desaconsejar la realización de terapias de grupo. Cabe señalar que, para la doctrina, el grado de clasificación del interno es el medio, hábitat o contexto en el cuál el tratamiento va a ser aplicado sin diferencias de los métodos de tratamiento según los grados<sup>25</sup>.

Para demostrar la anterior afirmación, debemos remitirnos a dos preceptos, el primero el art. 63 de la LGOP, cuyo contenido literal reza así: *''Para una correcta individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél''*, en otras palabras, la clasificación y el correspondiente régimen al que vamos a someter a un interno estará supeditado y en todo caso orientado al éxito del tratamiento individualizado. El segundo precepto, y complementario al anterior, es el art. 103.3 del RP, del que extraemos que la propuesta razonada de grado y el programa individualizado de tratamiento (sus siglas son PIT y a cuyo concepto expuesto en el apartado 4 de este trabajo nos remitimos) para el interno se elaboran de forma diferenciada, es decir, no son un documento único; sin perjuicio de que en su conjunto dan lugar a la elaboración del protocolo de clasificación penitenciaria.

---

<sup>25</sup> Vid. MIR PUIG, C.: *Derecho Penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Ed. Atelier Libros, Barcelona, 2011, pp. 72 y 73.

Ahora bien, el tratamiento penitenciario irá articulándose en cada uno de los grados de clasificación, lo cual será expuesto a continuación.

### **2.3.A El tratamiento penitenciario en los internos clasificados en primer grado**

El primer grado penitenciario se corresponde con el régimen cerrado. Es con diferencia el grado más duro en el que se puede clasificar a un interno, supone una limitación mayor de los derechos penitenciarios que para el resto de los internos. Para que un interno sea clasificado aquí es necesario que se cumpla alguno de los presupuestos del art. 10 e la LOGP: de un lado, la peligrosidad extrema del condenado, por ejemplo, aquellos en los que el estudio de su personalidad revele una especial capacidad agresiva o violenta; de otro, la manifiesta inadaptación a otros regímenes, por ejemplo, la reiterada comisión de faltas graves y muy graves, la participación en motines o agresiones a funcionarios.

No es descabellado afirmar que la coordinación entre tratamiento y régimen aquí se ve considerablemente afectada, pues el tratamiento se va a dirigir ya no solo a conseguir que el interno aprenda a vivir sin delinquir sino también a lograr que lleve una vida ordenada, normalizada y adaptada al régimen ordinario; se desgaja pues el esquema general de clasificación y tratamiento para que los esfuerzos se enfoquen a satisfacer las exigencias del binomio peligrosidad-inadaptación<sup>26</sup>.

Vamos a explicar, con el fin de asentar el planteamiento de este apartado, lo contenido en la

---

<sup>26</sup> Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 59.



Instrucción 17/2011 de 8 de noviembre de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en cuyo Anexo I se desarrolla el protocolo de actuación del programa específico de intervención para los internos clasificados en primer grado<sup>27</sup>. Nos centraremos en exponer de un lado los objetivos de este protocolo y de otro la intervención terapéutica que en él se establece. Pues bien, el objetivo general, recogido en el apartado 2º, no es otro sino la adaptación e integración del individuo al régimen ordinario, y junto a este, tenemos una larga enumeración de objetivos específicos recogidos en el apartado 3º como son potenciar la autoestima del interno, desarrollar hábitos de convivencia, crear actitudes de respeto hacia los funcionarios, compañeros y a las normas etc.; pero sin duda el más importante es conseguir la implicación del interno en su programa individualizado de tratamiento.

En paralelo respecto de los objetivos, la intervención terapéutica, apartado 4º del protocolo, se ejecutará en primer lugar de forma individual para lograr establecer un vínculo o conexión con el interno, y posteriormente de manera grupal. Incluirá las siguientes actividades: entrenamiento en identificación y regularización de emociones, reestructuración cognitiva, técnicas de autocontrol, aprendizaje de valores no violentos prosociales (empatía, respeto), ejercicios de resolución de problemas y cuando sea necesario, tratamiento en drogodependencias.

Para finalizar, apuntar una última idea: los internos clasificados en primer grado no quedan excluidos de participar en actividades que son esenciales

---

<sup>27</sup> Si bien existe un apartado específico dentro de este trabajo para tratar lo relativo a los programas específicos de intervención (PEI), es inevitable desarrollar en qué consiste el PEI para internos clasificados en primer grado; de lo contrario, la resolución de esta pregunta quedaría vacía de contenido.

para el buen desarrollo del tratamiento penitenciario, recogidas todas ellas en el apartado 7º del mencionado protocolo, ya sean consideradas como prioritarias (educativas, deportivas, terapéuticas individuales o grupales) o complementarias (participación en talleres, actividades culturales, recreativas o de ocio etc.). Ahora bien, como ya hemos señalado anteriormente, nos cuesta pensar que un interno peligroso que se encuentre aquí clasificado debido a su peligrosidad pueda participar en dichas actividades, siendo más probable, a nuestro juicio, que en la práctica quede excluido de participar en las mismas.

### **2.3.B El tratamiento penitenciario en los internos clasificados en segundo grado**

El segundo grado de clasificación se corresponde con el régimen ordinario. Por medio del art. 102.3 del RP sabemos que se colocarán aquí aquellos internos en quienes concurren unas circunstancias personales de normal convivencia pero sin capacidad para vivir en semilibertad por el momento. Será aquí donde, por excelencia, se aplique el tratamiento penitenciario con mayor plenitud<sup>28</sup>.

De lo que hemos señalado del art. 102.3 RP nos damos cuenta fácilmente de cuál es la característica que impera en el grupo de internos que aquí se encuentran clasificados: la heterogeneidad, ya que aquí podremos encontrar a toda clase de penados, desde primarios a reincidentes, desde condenados por delitos violentos a condenados por delitos socioeconómicos, pasando por

---

<sup>28</sup> Vid. PASTOR SELLER, E. y TORRES TORRES, M.: "El sistema penitenciario en España ante las necesidades de las personas mayores privadas". *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, nº 50, 2017, p.293.



los amplios abanicos de edades que pueden darse en la prisión.

Es inevitable por tanto realizar una separación penitenciaria en los internos clasificados en segundo grado por razones de tratamiento (no una subclasificación) con el fin de lograr un mejor desarrollo del mismo, dando mayores ventajas en el régimen de vida a aquellos que por razones de tratamiento se requiera<sup>29</sup>. Esta afirmación deriva directamente del art. 99 del RP, donde se establece a las exigencias del tratamiento penitenciario como causa de separación penitenciaria.

Queremos dar a conocer los ejemplos más destacados de separación por exigencias del tratamiento que podemos encontrar en nuestro sistema penitenciario: los módulos de respeto y las unidades terapéuticas. La primera figura se define como una unidad de separación cuya adhesión a él es de carácter voluntario y lleva aparejada la aceptación de una serie de normas que emanan de 4 fundamentos teóricos: una organización (tanto formal como informal) en el reparto de tareas de autogestión del módulo; el grupo y la adopción de roles de coordinación y liderazgo entre los internos; el aprendizaje de nuevas habilidades y conductas y por último la creación de un clima social o ambiente de convivencia pacífico fundado en la tolerancia mutua<sup>30</sup>. Las unidades terapéuticas, por su parte, son módulos independientes que albergan a internos en que se encuentran en el programa específico de intervención para drogodependientes, del que

---

<sup>29</sup> Vid. LEGANES, GÓMEZ S.: *op. cit.*, pp. 95 y 96.

<sup>30</sup> Vid. BELINCHÓN CALLEJA, E. y GARCÍA CASADO, H.: "Definición y fundamentos teóricos". En BELINCHÓN CALLEJA, E., GARCÍA CASADO, H. y CENDÓN SILVÁN, J.M.: *Módulos de Respeto, Manual de Aplicación*, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2011, pp. 14-22.

hablaremos más tarde, recibiendo una atención cuidada durante las horas del día y donde podrán desarrollar la mayor parte de las actividades propias de dicho programa, sean educativas, ocupacionales o de trabajo<sup>31</sup>.

En síntesis, cuando un penado es incluido en alguna de estas figuras, estas actuarán como catalizadores del tratamiento penitenciario, ya que el individuo percibirá fácilmente la mejoría en su régimen de vida y la ausencia de las injerencias (como pueden ser las drogas o las tensiones y rencillas entre internos) que hasta la fecha dificultaban el correcto desarrollo de su personalidad dentro de la prisión; lo que se traduce en una evolución más ágil y palpable en su tratamiento debido a la actitud positiva que se genera en el penado. Nuestras instituciones penitenciarias son conscientes de la anterior afirmación y citamos como ejemplo las evaluaciones semanales de los internos en su programa individualizado de tratamiento por parte del equipo técnico, tal como se establece en el apartado 2.1.6 de la Instrucción 18/2011 de 10 de noviembre de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, texto regulador sobre el desarrollo, funcionamiento y articulación de los niveles de intervención en módulos de respeto.

### **2.3.C El tratamiento penitenciario en los internos clasificados en tercer grado**

Se colocará en este grado de tratamiento a aquellos internos que, por sus circunstancias, estén capacitados para llevar una vida en semilibertad,

---

<sup>31</sup> Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, módulos terapéuticos. Vid. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/modulosTerapeuticos> (05/03/2019).



valorándose en todo caso la concurrencia en el interno de los parámetros recogidos en el 102.2 RP: su personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo; duración de las penas, medio social al que retorne, recursos, facilidades y dificultades y si estamos ante el momento propicio para el buen éxito del tratamiento; siempre que haya concurrido el tiempo suficiente para su estudio y observación. Recordemos que gracias al sistema de individualización científica, un interno que posea un pronóstico de reincidencia medio-bajo o muy bajo y no presente factores de inadaptación significativos, puede ser clasificado inicialmente en este grado como señala la Instrucción 9/2007 de 21 de mayo; si bien no entraremos a profundizar en ello pues se excede del ámbito de este trabajo.

La primera realidad a la que nos debemos enfrentar es que el modo de vida del interno va a desarrollarse, al menos en gran parte, fuera de la prisión. El individuo habrá alcanzado llegados a este punto una cota de libertad considerable, lo que no significa que su tratamiento esté finalizado, al contrario, todavía queda una última misión por conseguir: que el penado sea capaz de vivir en sociedad con plena libertad en el futuro. Por esta razón, un interno para progresar al tercer grado debe estar incluido en un programa que tenga continuidad en el medio comunitario, como se exige en la ya mencionada Instrucción 9/2007, pues de lo contrario el recorrido tratamental que hasta ese momento había estado siguiendo se vería cortado irremediabilmente. En la práctica, se tiene muy en cuenta esta afirmación, y se procura en la medida de lo posible que otras circunstancias jurídico-penales no trunquen todos los avances terapéuticos que un interno ha conseguido una vez ha alcanzado el tercer grado; es el supuesto contenido en el Auto de la Audiencia

Provincial de Huelva de 7 de abril de 2015<sup>32</sup>. Analizando dicha resolución, la narración de hechos versa así: un sujeto que desde la fecha 23 de enero de 2015 se encontraba disfrutando del tercer grado, el día 17 de febrero de 2015 recibe condena firme por otro delito cometido antes de entrar en prisión, en el año 2009. El tribunal decide mantenerle en tercer grado, pues considera que sería incoherente sostener que existe un riesgo de reiteración delictiva en menos de un mes de diferencia, señalando también que el nuevo delito por el que se le condena (blanqueo de capitales) no es más grave que aquel por el cual ya se encontraba cumpliendo condena (delito contra la salud pública), ni tampoco exige un programa de tratamiento específico. Además, desde que estaba disfrutando del tercer grado cuenta con trabajo estable, pareja y domicilio en Huelva; junto con un elemento que es determinante y clave para el tribunal: dos hijos pequeños de los que debe corresponsabilizarse con la madre en la tarea de su cuidado y atención paterno-filial, lo que para la Audiencia cumple una función de indudable carácter favorecedor de su tratamiento de inserción familiar y social. Dicho de otra manera, y en conexión con los otros argumentos expuestos por el tribunal, si no existe nueva exigencia tratamental específica y concreta ni ninguna otra circunstancia que ponga de manifiesto su peligrosidad o reincidencia, no podremos tirar para atrás todo lo hasta fecha conseguido por el tratamiento que durante años ya se había estado siguiendo.

Llegados a este punto hay que mencionar los distintos establecimientos en los que el interno va cumplir la pena en el tercer grado, que pueden ser bien

---

<sup>32</sup> España. Audiencia Provincial de Huelva (Sección 3ª). Auto núm. 354/2015 de 7 de abril.



un centro abierto o de inserción social, bien en secciones abiertas dentro de la prisión, bien en unidades dependientes fuera de la prisión o en unidades extrapenitenciarias en las que no existe personal de instituciones penitenciarias; recogidos todos ellos en el art. 80 del RP. Para determinar a cuál de todos ellos va a ser enviado el interno, debemos recurrir una vez más a lo que determine su programa individualizado de tratamiento; así lo clarifica el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de Junio<sup>33</sup>. Por ejemplo, si un penado ha estado incluido en el programa específico de intervención para la drogodependencia, lo más correcto sería colocarle en una unidad extrapenitenciaria tutelada fundamentalmente por especialistas en deshabitación.

### **3. INSTRUMENTOS GENERALES DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO**

Llegados a este punto es momento de desarrollar cuáles son los instrumentos o herramientas de carácter general o común de las que el tratamiento penitenciario va a servirse para poder ser llevado a cabo: el trabajo penitenciario, los permisos de salida, educación y formación, grupos de comunidad terapéutica y salidas programadas; explicando antes de nada los sujetos que van a participar en la aplicación del tratamiento. Dejaremos para el siguiente epígrafe los programas de intervención específica, en los que detallaremos el proceso de tratamiento en concreto para ciertos sujetos o grupos.

Estos instrumentos de los que vamos a hablar a continuación tienen su base, o derivan en gran medida, de lo dispuesto en el art. 110 del RP, el cual establece que la Administración Penitenciaria diseñará programas

---

<sup>33</sup>España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21ª). Auto núm. 935/2009 de 30 de junio.

formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades y compensar sus carencias; dicha administración también utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior; y potenciará los contactos del interno con el exterior contando, si es posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción

### **3.1. Sujetos encargados de la aplicación del tratamiento penitenciario**

Antes de entrar de lleno a desarrollar en profundidad los instrumentos generales de tratamiento, estimamos conveniente explicar el elemento humano del tratamiento, o lo que es lo mismo, los agentes o actores que hacen que su realización sea posible. Ha sido necesario establecer en nuestro sistema una distribución funcional de las tareas, entre la Junta de Tratamiento, el Equipo Técnico y los sujetos colaboradores o de apoyo.

La Junta de tratamiento, arts.111y 273 RP, será la encargada de establecer los programas de tratamiento o los modelos individualizados de ejecución penitenciarios para cada interno del centro, definiendo las actividades a realizar en función de las peculiaridades de su personalidad y del tiempo aproximado de duración de sus condenas<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Vid. MONTERO HERNANZ, T.: "El tratamiento penitenciario". En DE VICENTE MARTÍNEZ, R: *Derecho Penitenciario, enseñanzas y aprendizaje*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 197.



El equipo técnico por su parte se encargará, entre otras tareas, de ejecutar los programas de tratamiento o los modelos individualizados de intervención penitenciarios que se establezcan para cada interno, evaluar los objetivos alcanzados en la ejecución de los programas de tratamiento o de los modelos de intervención penitenciarios informar de los resultados a la Junta de Tratamiento y realizar el asesoramiento pedagógico o psicológico de la formación profesional a los penados; todo ello recogido en el art. 272 del RP. Contando, como bien exige el 111.2 del RP, con la colaboración del resto de los profesionales del ámbito penitenciario para la adecuada ejecución de estas tareas.

Por último tenemos los llamados sujetos colaboradores que, aun siendo externos a instituciones penitenciarias, tienen prevista su participación en la labor del tratamiento en el art. 69.2 de la LOGP y en los arts. 62 y 182 del RP. Tales preceptos abogan, con el fin de lograr la recuperación social de los penados, por la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos. La intervención de las ONG, asociaciones y demás entidades colaboradoras se establece en la reciente Instrucción de Instituciones Penitenciarias 2/2019 de 7 de febrero de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, la cual tiene por objeto, al margen de otras cuestiones formales o procedimentales, potenciar la inclusión de la figura del voluntario, lograr una continuidad más prolongada de las ONG en sus intervenciones y configurar el espacio adecuado en función de la naturaleza del programa de intervención que pretendan desarrollar. Dicho sea de paso, estos programas también son enumerados por la Instrucción 2/2019 y poseen una alta variedad: formativos-educativos, sanitarios y de atención a drogodependientes, de inserción social etc.

La aportación que las ONG y demás entidades privadas realizan, encaminadas a favorecer el tratamiento penitenciario es esencial, pues en muchas ocasiones no solamente aportan personal de voluntariado para el desarrollo correcto de las actividades de tratamiento, sino que también ponen a disposición del sistema penitenciario personal cualificado y medios materiales nada despreciables<sup>35</sup>.

### **3.2. El trabajo penitenciario**

Atrás quedaron aquellos tiempos en los que el trabajo en las prisiones era utilizado como un mecanismo aflictivo, de castigo o de redención anticipada de la pena. Desde la promulgación de la LOGP las bases del trabajo penitenciario tienen otra dimensión, expuestas en el art. 26 de dicha norma, de forma más desarrollada y exhaustiva en los arts. 132 y siguientes del RP; y de cuyo contenido se desprende lo siguiente: el trabajo será un elemento fundamental del tratamiento penitenciario, tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, siempre enfocado a preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre y nunca podrá consistir en una medida de corrección o castigo.

De acuerdo con lo anterior, podría pensarse que el trabajo penitenciario se aplica a todos y cada uno de los internos que están siguiendo un tratamiento, o al menos

---

<sup>35</sup> Para corroborar y demostrar lo enunciado, consúltese el siguiente documento de Cruz Roja acerca de una de sus unidades dependientes:  
[http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/SITE\\_CRE/INTERNET/ORGANIZA/BALEARES/BALCOORDINACION/SOCIAL/2003/MEMORIA%20UNIDAD%20DEPENDIENTE.PDF](http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/SITE_CRE/INTERNET/ORGANIZA/BALEARES/BALCOORDINACION/SOCIAL/2003/MEMORIA%20UNIDAD%20DEPENDIENTE.PDF)  
(28/03/2019)



a una amplia generalidad de ellos; sin embargo, esta afirmación no resulta cierta. La posibilidad de utilizar este mecanismo de tratamiento debe ser estudiada para cada caso concreto, siendo su programa de tratamiento el que determine su idoneidad. A este respecto, se ha determinado que el factor clave para su utilización es que el trabajo vaya a servir a ese interno para corregir o paliar las carencias o circunstancias que, de una forma u otra, le hayan llevado a cometer el hecho delictivo<sup>36</sup>.

Paralelamente, hay que señalar que el hecho de que el trabajo penitenciario contribuya a preparar a los internos para su vida en libertad, dotándoles de capacidades y habilidades indispensables para ejercer un trabajo una vez sean libres, determina dos cosas: de un lado su calificación como relación laboral de carácter especial y de otro, que los motivos de reeducación y tratamiento sean tomadas como circunstancias preferentes para su concesión a un penado<sup>37</sup>.

Ahora bien, vistas las anteriores consideraciones de carácter teórico, nos surgen una serie de dudas: ¿cómo opera en la práctica la relación de los internos hacia el trabajo penitenciario? ¿Qué valoración ofrecen los internos sobre este mecanismo de tratamiento? ¿Puede tener alguna utilidad real para la vida en prisión?

---

<sup>36</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "El trabajo de los internos en el Derecho Penitenciario Español". *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, nº33, 1995, p.214.

<sup>37</sup> Vid. FERNÁNDEZ ARTIACH, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 254-257.

Afirmación que se corresponde con lo contenido en el art. 3. Del RD 78/2001, el cual otorga absoluta preferencia a internos en cuyo programa individualizado de tratamiento se contemple el desarrollo de una actividad laboral.

La solución a estas preguntas es digna de análisis<sup>38</sup>: la motivación principal que lleva a un interno a trabajar en la prisión es en la mayoría de los casos económica, nace del deseo de obtener un salario con el que proporcionar un sustento a su familia en el exterior o para satisfacer sus propias necesidades dentro de la prisión. No obstante, los internos son conscientes (concretamente aquellos cuyo nivel de estudios es medio o superior) de la función educativa y de adquisición de pautas y valores vinculados al proceso de resocialización y posterior reinserción, la cual es tremendamente importante para el segmento de internos que en su vida pasada no han podido desarrollarse en el más básico ámbito escolar o carecen de formación laboral alguna. Ciertos internos conciben el trabajo con un carácter ocupacional, es decir, como una forma de pasar el largo tiempo que les resta de condena. Lo que si se revela es que el trabajo penitenciario tiene un factor indudablemente emocional para el recluso, pues mientras se encuentra desempeñando sus tareas consigue evitar las llamadas ‘horas de patio’, pudiendo así huir de los malos pensamientos, de las malas compañías y de la larga ociosidad, adquiriendo paralelamente un sentimiento de utilidad hacia sí mismo. Como aspecto negativo, se destaca que no existen suficientes puestos de trabajo penitenciario de carácter cualificado o de formación profesional, siendo interesante por tanto que se

---

<sup>38</sup> La información que sigue ha sido extraída de un estudio realizado sobre la población reclusa. Debe consultarse en DE ALÓS MONER, R., MARTÍN ARTILES, A., MIGUÉLEZ LOBO, F. y GIBERT, BADÍA, F.: ‘¿Sirve el trabajo penitenciario para la reinserción? Un estudio a partir de las opiniones de los presos de las cárceles de Cataluña’. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 127, 2009, pp. 28-30.



ampliase su oferta para así cumplir con el verdadero objetivo del trabajo penitenciario, es decir, que adquiera experiencia útil para el futuro y lograr así que tras el cumplimiento de la condena el interno pueda conseguir su reinserción profesional. Por último señalar que 2/3 partes de los internos valoran como satisfactorio o muy satisfactorio el trabajo en prisión.

En definitiva, entendemos que el trabajo penitenciario es el instrumento de tratamiento que mejor puede servir para adaptar al interno en su vida fuera de prisión, pues resulta de enorme utilidad para que adquiera la conciencia de que existen formas o medios con los que ganarse la vida y obtener ingresos sin necesidad de recurrir al delito, en adición a que en diversas ocasiones podrá seguir una formación laboral que le resulte útil para buscar nuevas opciones en el mercado laboral.

### **3.3. Los permisos de salida**

Antes de entrar en materia, debemos hacer una separación o diferenciación conceptual entre permiso de carácter extraordinario y el ordinario. Los primeros se encuentran regulados en los arts. 47.1 de la LOGP y 155 del RP y tienen como base para su concesión circunstancias de tipo familiar que no procederemos a estudiar por quedar fuera del objeto de este trabajo. El que sí nos interesa, y por ello centraremos la atención en él, es el permiso de salida de carácter ordinario regulado en el apartado segundo del art. 47 LOGP y en el art. 154 del RP, el cual tiene como fin la preparación para la vida en libertad del penado y por ende una indudable función tratamental.

Hecha pues la pertinente distinción, no podemos pasar por alto que, de entre todos los instrumentos de tratamiento penitenciario, el permiso de salida es sin duda el que mayor alarma o preocupación social genera, por el inconveniente que en sí mismo presenta el hecho

de concederlo a un interno: constituye una vía fácil para eludir la custodia, viéndose en peligro, llegado el caso de quebrantamiento, otros bienes o principios tales como el aseguramiento del cumplimiento de la condena, el interés de la sociedad por su seguridad y la necesidad de salvaguardar una vida ordenada en prisión<sup>39</sup>.

No obstante, esta inquietud social no debe empañar las enormes ventajas que para el tratamiento aporta esta institución, pues los delitos graves cometidos durante el disfrute de un permiso se producen puntualmente y el porcentaje de fallos (quebrantamientos de condena) son bajísimos, debiendo pesar más los efectos positivos que reporta: se consigue rebajar la tensión en los centros penitenciarios y sirven claramente al penado para prepararle para su posterior puesta en libertad, ámbito social y familiar al que van a retornar<sup>40</sup>. Con el fin de contrastar esta información y corroborar que la existencia de estos permisos penitenciarios debe prevalecer ante la contraria opinión social, exponemos las estadísticas que relacionan el número de internos que disfrutaron al menos de un permiso, con el número de quebrantamientos de condena al no regresar tras el permiso: durante el año 1979 un total de 1.269 internos disfrutaron del permiso y no regresaron un 3,65%; en 1990 exactamente fueron 9943 los penados que disfrutaron de este mecanismo de tratamiento de los cuales un 1,74% quebrantaron; en 2005 fueron 17.577 los sujetos que recibieron un

---

<sup>39</sup> Vid. CASANOVA AGUILAR, I.: "Mandato resocializador de las penas privativas de libertad y permisos de salida penitenciarios". *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 8, 2014, p.15.

<sup>40</sup> Vid. RODRÍGUEZ ALONSO, A.: *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Ed. Comares, Granada, 2014, p.329.



permiso y un 0,60% los que incumplieron su obligación de retornar al centro; finalmente en 2016 un total de 25.524 salieron de permiso, no volviendo un 0,41% de ellos<sup>41</sup>. Resulta evidente a la luz de estos datos como, a medida que el tiempo ha transcurrido, los permisos penitenciarios se han convertido en una práctica cada vez más extendida; reduciéndose por su parte casi a niveles insignificantes los casos en los que existe fuga o incumplimiento por parte del individuo.

Para la realización efectiva de los permisos, el legislador establece una serie de requisitos previos que deben concurrir para su concesión y que podemos clasificar en dos grupos, objetivos y subjetivos. Los primeros, a partir de lo contenido en los arts. 47.2 de la LOGP y 161 del RP, exigen antes de nada un informe favorable del equipo técnico, además de estar clasificados en segundo o tercer grado y haber extinguido al menos la cuarta parte de la condena. El mencionado art. 154.1 del RP aprovecha también para delimitar el máximo temporal de los permisos: un permiso no podrá tener nunca una duración superior a 7 días, siendo el máximo total anual de 36 días o 48, en función de si el interno está clasificado en segundo o tercer grado. Los requisitos de carácter subjetivo se encuentran delimitados en el art. 156.1 del RP, donde se nos indica que el equipo técnico emitirá un informe desfavorable a la concesión del permiso si por su peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno, o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde

---

<sup>41</sup> Datos estadísticos que se pueden encontrar en ALARCÓN PÉREZ, P; LARRAURI, E. y ROVIRA SOPEÑA, M.: "La concesión de permisos penitenciarios". *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20, 2018, p. 25.

la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

En adición a lo anterior, debemos dejar bien en claro que los requisitos o criterios de control previos no son los únicos que existen con el fin de asegurar o garantizar el correcto aprovechamiento del permiso, pues en la práctica existen medidas de aseguramiento que se ejecutan una vez el preso está disfrutando del permiso o una vez este ha terminado, clarificadas todas ellas en la Instrucción 3/2008 de 6 de marzo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, la cual tiene por objeto delimitar la normativa sobre salidas de internos de los centros penitenciarios. De entre todas esas medidas, destacamos la exigencia de una tutela institucional o familiar desde que el prisionero abandona el centro, la prohibición motivada de ir o acudir a determinados lugares (sin perjuicio de lo que en la sentencia condenatoria se ha indicado), la posibilidad de ser sometido a controles analíticos sobre consumo de estupefacientes y otras sustancias durante su estancia en el exterior o a su regreso al centro penitenciario etc.

También dispone nuestra Administración Penitenciaria de mecanismos para estudiar la viabilidad o no de la concesión de un permiso a un recluso: las tablas de variables de riesgos (en adelante TVR) y las tablas de concurrencia de circunstancias peculiares (en adelante TCCP). Las TVR aportan al profesional una información clave sobre el grado de peligro que tiene conceder a un recluso un permiso, y se compone de ciertas variables como extranjería, drogodependencia, profesionalidad delictiva, reincidencia, quebrantamientos anteriores, encontrarse clasificado en primer grado, ausencia de permisos, deficiencia convivencial, lejanía y presiones internas a las que puede estar sometido el interno, teniendo cada uno de estos



parámetros un valor asignado en caso de concurrir<sup>42</sup>. Con el fin de precisar aún más el cálculo de la probabilidad de quebrantamiento, las TCCP valorarán otras circunstancias como son el hecho de que el resultado en TVR sea igual o superior a 65%, el tipo de delito, si existió organización delictiva, su trascendencia social, la fecha hasta llegar a las  $\frac{3}{4}$  partes de condena y el trastorno psicopatológico si lo hubiere<sup>43</sup>.

Nuestros tribunales son perfectamente conscientes de la tremenda importancia tratamental que tienen los permisos penitenciarios. Echando un vistazo a nuestra jurisprudencia en la materia, resulta enormemente ejemplificativo el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de 27 de enero de 2015<sup>44</sup>. En esta resolución el juzgador deja claro que, para la concesión de un permiso de carácter ordinario, no basta únicamente con el cumplimiento de los diferentes criterios que existen, como son la buena conducta, la correcta adaptación o la ausencia de sanciones. En este supuesto, la negativa del penado a participar en su programa individualizado de tratamiento es lo que echa por tierra su pretensión e impide que le sea concedido, pues el tribunal sostiene firmemente que el hecho de no seguir su programa de tratamiento y darle el permiso sería ir en contra del art. 25 CE, ya que entonces dicho mecanismo no estaría orientado a la reeducación y reinserción.

---

<sup>42</sup> Vid. FERNÁNDEZ MANGAS, D. y ANDRÉS PUEYO, A.: "Predicción y prevención de quebrantamiento de los permisos penitenciarios". *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº13, 2015, pp. 6 y 7.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>44</sup> España. Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander. (Núm. 1). Auto núm. 34/2015 de 27 de enero.

### **3.4. Educación y formación**

La educación va a ser otro de los instrumentos sin los cuales el tratamiento nunca podría conseguir sus fines. Esta importancia viene determinada por la ampliación del concepto de tratamiento penitenciario, pues ahora este trasciende más allá del ámbito clínico y por ende, no solo nos encontraremos con actuaciones estrictamente terapéuticas sino que tendremos también actividades asistenciales, formativas y socioculturales<sup>45</sup>.

La educación como mecanismo se encuentra regulada en nuestra LOGP en los arts. 55 a 59, y en el RP en los arts. 118 y siguientes, de cuyo contenido normativo destacamos una importante cantidad de información. En primer lugar, en toda prisión existirá una escuela para la instrucción de los internos, con especial atención a jóvenes y analfabetos. Así pues, la actividad educativa, formativa o cultural que se imparta será ajustada en lo máximo posible a la legislación vigente en materia de educación y formación profesional, con el fin de que los internos puedan obtener la titulación oficial correspondiente. A su vez, la Administración Penitenciaria dará en todo momento facilidades y estímulos a los internos para lograr su interés y continuidad en los estudios. Se garantiza también el acceso a la formación universitaria y a la información a través de bibliotecas, periódicos, revistas de libre circulación etc. No obstante, si por exigencias de su tratamiento individualizado se indica, el interno en

---

<sup>45</sup> Vid. AÑAÑOS BEDRIÑANA, F. y YAGÜE OLMOS, C.: "Educación social en prisiones. Planteamientos iniciales y políticas encaminadas hacia la reinserción desde la perspectiva de género". *Pedagogía Social. Revista Interuniversitaria*, nº 22, 2013, p. 10.



concreto podrá ver restringido su acceso a ciertas publicaciones.

En síntesis, la educación en el marco penitenciario tendrá muchas vertientes, pero siempre estará enfocada a corregir esas carencias formativas que el interno tenía cuando entró y favorecer en la medida de lo posible sus intereses, de tal forma que la actividad educativa que se aplique abarcará desde la formación más básica existente hasta titulaciones universitarias o de formación profesional. Sin embargo, es importante apostillar que, en definitiva, el instrumento de la enseñanza hace que un sujeto sea reinsertable cuando se consigue realizar una educación o reeducación en los valores del interno, y para ello se necesita la participación o implicación activa de la sociedad, pues carecería de sentido educar para una vida en sociedad sin tener a esta en cuenta<sup>46</sup>.

La cultura y el deporte también deben de ser tenidos en cuenta dentro de esta herramienta tratamental. La primera será útil para complementar las necesidades del tratamiento, ya que mantiene a los internos ocupados con la realización de actividades que enriquecen el espíritu y actualizan sus conocimientos, tomando especial importancia aquellas de carácter participativo (teatro, música, artesanía etc.); el deporte por su parte servirá para fomentar la recreatividad, la emulación y el bienestar físico y mental de los penados<sup>47</sup>.

Tal vez algún día se consiga que la organización de los centros penitenciarios se convierta en un espacio estrictamente socioeducativo, donde cada interno por

---

<sup>46</sup> Vid. BELTRÁN CRUZ, J.: "La educación en las prisiones, elemento fundamental del tratamiento penitenciario". *Revista Educar(NOS)*, nº 52, 2010, pp. 5 y 6.

<sup>47</sup> Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "El tratamiento penitenciario". En BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Derecho Penitenciario*, Ed. Iustel, Madrid, 2016, pp. 193 y 194.

medio del aprendizaje, la cultura y el conocimiento logre superar las características o problemáticas que le hicieron delinquir<sup>48</sup>.

### **3.5. Los grupos de comunidad terapéutica**

El art. 115 del RP establece la existencia de esta figura, determinando que se podrán organizar en los centros correspondientes programas basados en el principio de comunidad terapéutica para aquellos conjuntos de internos cuyo tratamiento lo requiera.

La comunidad terapéutica es un medio por el cual el interno podrá a dar el paso fundamental de la "dependencia" a la "interdependencia", pues a través de la autogestión y la convivencia, se va a producir en cada individuo la posibilidad de solicitar ayuda del otro y estrechar los lazos de mutua confianza, compartiendo entre todos ellos los mismos objetivos, las mismas normas y, muchas veces, las mismas dificultades<sup>49</sup>.

En su aplicación debe estar presente una metodología correctamente planificada, que debe contener esencialmente estos extremos: el centro o espacio en el que se desarrolle habrá de tener presencia y convivencia permanente de los miembros del equipo técnico; deberá formarse un grupo en el que los sujetos han de poseer un perfil concreto, preestablecido y con número limitado de plazas; estará enfocada siempre a conseguir un aprendizaje social en un contexto de

---

<sup>48</sup>Vid. AÑÑOS BEDRIÑANA, F. y OLMO YAGÜE, C.: *op. cit.*, p. 10.

<sup>49</sup> Vid. MARTÍN ALVARADO, S., REMACHA GARCÍA, G. y PÉREZ DAS, A.: *Documentos Penitenciarios. Comunidad Terapéutica Intrapenitenciaria, Establecimiento Penitenciario de Valencia*, Ed. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Madrid, 2006, p. 5.



especial densidad en las relaciones interpersonales de los penados, asumiendo estos sujetos crecientes responsabilidades que contribuyan a dinamizar la vida en comunidad y en un ambiente de autoayuda; bajo controles y evaluaciones continuas por parte de los profesionales<sup>50</sup>.

Este mecanismo de tratamiento está pensado, con carácter general, para aquellos internos que padecen problemas de adicciones, aunque no es el único supuesto que existe en nuestra praxis penitenciaria, ya que se permite la inclusión en el mecanismo de comunidad terapéutica aquellos penados que, sin tener problemas de adicciones de ningún tipo, precisan de una intervención tratamental específica (algo que ha sido establecido expresamente en el apartado cuarto de la Instrucción 9/2014 de 14 de julio de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, mencionándose como ejemplo a aquellos internos con necesidades de control de impulsos violentos).

El sistema o marco de comunidad terapéutica es considerado, por lo general, de tremenda utilidad y efectividad; aunque por otro lado también se ha planteado el hecho de que en la práctica, optar por este mecanismo, resulte notablemente invasivo debido a que la terapia va a estar presente en todos y cada uno de los momentos de la vida del interno, ya que lo que se está realizando es una intervención ambiental en la que participan ya no solo el equipo especialista sino también todos y cada uno de los penados que forman parte de ese grupo de tratamiento<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup>Vid. COMAS ARNAU, D.: "La comunidad terapéutica, una perspectiva metodológica"- En COMAS ARNAU, D.: *La metodología de la Comunidad Terapéutica*, Ed. Fundación Atenea Grupo Gid, Madrid, 2010, pp. 17-21.

<sup>51</sup> Vid. GALLARDO GARCÍA, R. M.: "Los programas y actividades del tratamiento penitenciario: la necesaria

### 3.6. Las salidas programadas

Las salidas programadas, siendo el último mecanismo de tratamiento que abordaremos en este trabajo, se encuentran reguladas en el art. 114 del RP, precepto a partir del cual podemos entenderlas como una herramienta destinada a la realización de actividades tratamentales específicas en el exterior por parte de internos que ofrezcan garantías de hacer un uso correcto y adecuado de las mismas. Particularmente, se entiende que estas actividades tendrán carácter o fines culturales, deportivos o de participación en programas educativos o ciudadanos<sup>52</sup>.

Otras reglas que también son mencionadas en el art. 114 del RP y que merece la pena recalcar son las siguientes: en todo caso, los internos serán acompañados por personal del centro penitenciario o de otras instituciones o por voluntarios que habitualmente realicen actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario de los reclusos; no siendo la duración de estas salidas, con carácter general, superior a dos días; aplicándose las reglas y requisitos para la concesión de los permisos ordinarios a la hora de realizar la selección de los internos que en dichas salidas serán incluidos.

Dentro de las salidas programadas también cabe incluir lo mencionado en el art. 117.1 del RP, el cual

---

adaptación de la norma". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 20, 2016, p. 149.

<sup>52</sup> Para conocer la puntualización dada por Instituciones Penitenciarias, acudir a:  
Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Otras salidas.

Vid. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/salidasExterior/otrasSalidas.html> (14/04/2019)



permite, a los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que este sea necesario para su tratamiento y reinserción social.

Visto todo lo anterior, podemos afirmar que las salidas programadas son unos mecanismos de tratamiento de carácter conexo o de apoyo respecto a otro, que tendrá un carácter más principal o primordial. Ahora bien, esta supeditación no implica que en la práctica dicha figura quede desprovista de protección por nuestros tribunales, al contrario, se tendrá muy en cuenta su importancia para un correcto desarrollo del programa de tratamiento del interno. El ejemplo más claro de lo que acabamos de afirmar lo encontramos en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de marzo de 2016<sup>53</sup>, cuyo supuesto de hecho versa así: el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Madrid confirma la decisión de la Junta de Tratamiento de denegar a un sujeto la solicitud de acudir 5 días por semana durante 8 meses y medio a la realización de un curso de mecánica. Las razones expuestas para desestimar la pretensión del penado por parte del juzgador son, de un lado, que la pena que se encuentra cumpliendo es de larga duración (30 años) y no ha agotado aún la mitad de esta; de otro lado, se interpreta que la finalidad para la que se va a conceder la salida programada tiene carácter meramente formativo, sin tener esa naturaleza terapéutica que exige el art. 117 del RP. La Audiencia decide estimar el recurso de este interno contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria indicando que, el hecho de que la pena de

---

<sup>53</sup> España. Audiencia Provincial de Madrid. (Sección 5ª). Auto núm. 1163/2016. De 2 de Marzo.

prisión sea de larga duración no es elemento excluyente para hacer uso de estos mecanismos de tratamiento, pues nada dice la norma al respecto, careciendo de todo sentido realizar una interpretación en contra del interno cuando este ha disfrutado de permisos penitenciarios con total normalidad y sin ningún tipo de incidencia. Tampoco comparte la sala el criterio de que dicho curso de formación carezca de valor o naturaleza terapéutica, dado que el programa específico de intervención de este sujeto (concretamente el programa UTE) tiene por objetivo la adquisición de hábitos formativos y laborales necesarios para la vida en libertad; operando para resolver esta controversia, como bien señala el tribunal, el principio de flexibilidad, ya que la evolución en el tratamiento de este interno aconseja que, dentro del marco de su programa, se le apliquen aspectos característicos de lo que sería el tercer grado (en este caso, mayores cotas de libertad en el exterior).

#### **4. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO: LOS PROGRAMAS ESPECÍFICOS DE INTERVENCIÓN**

Una vez que ya conocemos el conjunto de instrumentos de los que se sirve el tratamiento penitenciario para alcanzar sus fines, es momento ahora de abordar cómo se articulan dichos mecanismos en función de ciertas circunstancias, extremos o elementos propios del sujeto que han permitido determinar o acometer su singularización, fruto del principio de diagnóstico de la personalidad en relación con el principio de individualidad.

Así pues, nuestro primer objetivo será analizar el concepto de programa individualizado de tratamiento (PIT), para posteriormente entrar de lleno en la figura del programa específico de intervención (PEI), pudiendo



a su vez conocer qué relación existe entre ambos y desvirtuar cualquier confusión que pueda suscitarse entre ambas figuras. Finalmente, de entre todos los que existen actualmente en nuestro sistema penitenciario, estudiaremos con detalle el funcionamiento y contenido de tres PEI distintos: programa de intervención para la drogodependencia, agresores sexuales y delincuentes de género.

#### 4.1. Marco Conceptual

Podemos definir programa individualizado de tratamiento (PIT) como aquel documento que diseña el *íter* o recorrido a seguir para ese interno concreto con el fin de alcanzar su promoción y crecimiento personal, la mejora de las capacidades y habilidades sociales y laborales, junto con la superación de los factores conductuales o de exclusión que le hicieron delinquir<sup>54</sup>. El programa individualizado de tratamiento contempla y detalla las áreas deficitarias de cada interno, cuáles serán las técnicas que le deberán ser aplicadas y qué actividades concretas habrá de seguir durante su estancia en prisión para corregir esos aspectos que le hicieron delinquir<sup>55</sup>. Podemos afirmar también que el PIT es una concretización de los principios de individualidad, complejidad y programación del art. 62 de la LOGP<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup>Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Programa individualizado de tratamiento (PIT). Vid.

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/tratamientoPenitenciario.html#c2> (26/04/2019)

<sup>55</sup> Vid. VALERO GARCÍA, V.: "El tratamiento penitenciario: realidad y perspectivas". *Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Nº 84: El Juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario, 2005, p. 37.

<sup>56</sup> Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 435.

Es conveniente puntualizar que dentro del PIT para ese interno concreto, a la hora de determinar las actividades que vaya a realizar, se clarifique una distinción entre aquellas que tengan carácter prioritario (aquellas que se enfocan directamente en atajar los factores directamente relacionados con su actividad delictiva o sus carencias formativas básicas) y aquellas que sean consideradas como complementarias (aquellas que por su contenido pretenden ampliar las perspectivas de los sujetos en materia profesional o de calidad de vida); así se deja sentado en la Instrucción 12/2006 de 4 de julio de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre la programación, evaluación e incentivación de actividades y programas de tratamiento, concretamente en su apartado segundo.

Ya fuera del ámbito estricto del PIT, podemos definir PEI como los programas ordenados, estructurados y dirigidos a favorecer la evolución positiva de aquellos internos sujetos a condiciones especiales de carácter social, delictivo o penitenciario; con el fin de formar una cultura de intervención más efectiva sobre los factores psicosociales que están detrás de los actos delictivos del penado, fruto de la evaluación global del penado y los resultados que de ella se desprendan<sup>57</sup>.

Puede deducirse que los distintos PEI que existen en nuestro sistema penitenciario constituyen un esfuerzo, por parte de la Administración Penitenciaria, para lograr atajar y dar cobertura a aquellas áreas que por su contenido implican una mayor problemática

---

<sup>57</sup> Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Programas específicos de intervención. Vid. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/> (30/04/2019)



delictiva o bien una especial necesidad de atención tratamental. Es por ello que la oferta de PEI es notablemente alta, hasta 21 distintos en total: seguridad vial, juego patológico, alcoholismo, población extranjera, resolución dialogada de conflictos, prevención de suicidios etc. Aquí trataremos únicamente tres PEI, quizás los que plantean los mayores retos desde el punto de vista de la realidad criminológica actual: programa de intervención para drogodependientes, agresores sexuales y delincuencia de género.

#### **4.2. Programa de intervención para drogodependientes**

La droga es uno de los fenómenos que más influye ya no solo en el medio carcelario sino también en lo que a la trayectoria delictiva de los penados se refiere, condicionando la vida de muchos de ellos tanto fuera como dentro de la prisión. Por citarles un ejemplo, un total de 22.878 personas fueron detenidas en el año 2013 por delitos de tráfico de drogas<sup>58</sup>.

El legislador, siendo consciente de la repercusión penológica y penitenciaria que la droga genera, decidió dejar bien en claro en el art. 116 del RP que todo interno con dependencia de sustancias psicoactivas tendrá a su alcance, si lo desea, la posibilidad de seguir programas de tratamiento y deshabitación, con independencia de su situación procesal y de sus circunstancias penales y penitenciarias. Eso sí, tal como señala el citado precepto, los programas especializados en drogodependencia se desarrollarán dentro del marco establecido en el Plan Nacional sobre Drogas.

El marco de actuación dentro de esta materia lo ha establecido la Secretaría General de Instituciones

---

<sup>58</sup> Vid. Ministerio del Interior, Balances e Informes. *Informe sobre evolución del tráfico ilícito de droga en España en 2013, 2014*, p. 2.

Penitenciarias por medio de su Instrucción 3/2011 de 2 de Marzo, de Intervención General en Materia de Drogas en la Institución Penitenciaria. Los fundamentos o parámetros a seguir en materia tratamental con drogodependientes: habrá de realizarse una intervención sobre la demanda, consumidores y drogodependientes, que incida o se estructure sobre las áreas de prevención, asistencia y reincorporación; en consonancia con otros esfuerzos tomados en materia de seguridad para evitar la entrada de droga en el establecimiento penitenciario.

Una vez ya conocemos el contexto en el que nos vamos a desenvolver, procedamos a conocer cuáles son los extremos más destacados dentro de este programa.

#### **4.2.A La figura del Drogodependiente**

Un drogodependiente es aquel individuo que desea de forma irrepresible repetir la toma de una determinada sustancia, aparejada a la paralela necesidad física del organismo de introducir esa sustancia<sup>59</sup>.

El drogodependiente puede dar el salto a la delincuencia, fruto de esa adicción a sustancias, por dos vías: una funcional, que implica cometer actos ilícitos para conseguir ingresos para el consumo y otra inducida, que son aquellos actos de la misma clase que se cometen como consecuencia bien de estar bajo los efectos de la

---

<sup>59</sup> Concepto elaborado a partir de lo explicado en PÉREZ DEL RÍO, F.: *Estudios sobre adicciones. Perfiles de drogodependientes y eficacia del tratamiento en proyecto hombre*, Ed. Diputación Provincial de Burgos, 2011, p. 31.



droga o por el deterioro cognitivo-volitivo que las sustancias le han generado<sup>60</sup>

Examinemos a continuación ciertos datos estadísticos en relación con el consumidor de drogas, propios del ámbito penitenciario, que no podemos pasar por alto: del total de internos que componen la población penitenciaria, un 71% reconoce haber consumido drogas ilegales alguna vez en su vida, un 54% las han consumido durante el último año que estuvo en libertad, un 49% en el último mes que pasaron fuera del presidio y un 21 % ha tomado dichas sustancias alguna vez durante el último mes dentro de la prisión, siguiendo el tratamiento específico para la drogodependencia un 13,2% del total de los reclusos<sup>61</sup>.

#### **4.2.B Estrategia de intervención tratamental para drogodependientes**

A la hora de desarrollarse los programas específicos de intervención para drogodependientes, se persiguen dos objetivos: de un lado uno de carácter genérico que busca la normalización e integración social del interno, y de otro lado aquellos de carácter específico, como son prevenir el inicio en el consumo, reducir los riesgos o daños derivados de la droga, conseguir periodos de abstinencia para romper su dependencia y optimizar la reincorporación social del interno<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Vid. MUÑOZ SANCHEZ, J.: "Responsabilidad penal del drogodependiente". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16, 2014, pp. 2 y 3.

<sup>61</sup> Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. *IX Informe sobre salud y consumo de drogas en internados en instituciones penitenciarias*, 2016, pp. 12-23.

<sup>62</sup> Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Programa de intervención para drogodependientes. Vid.

Estos objetivos específicos que acabamos de mencionar son los que determinarán la existencia de planes específicos dentro del programa de intervención para drogodependientes, lográndose así que la acción terapéutica se encuentre dirigida de una forma mucho más eficiente. Analizaremos pues, aquellos que mayor repercusión o utilidad tienen en nuestro medio penitenciario desde la óptica que exige este trabajo, es decir, aquellos que sean útiles para recuperar a aquel individuo que se encuentra en prisión bajo la dependencia de las drogas.

En primer lugar, si queremos que el tratamiento penitenciario alcance sus objetivos y sus resultados sean los correctos, debe lograrse una ruptura o separación entre el penado y el consumo de sustancias ilegales; para ello tenemos el programa de abstinencia o deshabituación. Este programa, también denominado libre de drogas, se lleva a cabo por medio de dos modalidades: primero una intervención, que podrá ser de tipo ambulatoria (es decir se proporciona una atención individual o grupal en dependencias específicas en cada galería o módulo a los drogodependientes) o de tipo centro de día (esto es, las actividades del programa se desarrollan con los internos de diferentes galerías o módulos en una dependencia centralizada, volviendo a sus respectivos destinos una vez finalizada la sesión diaria); y segundo, una vez completada la primera modalidad, se aplica la variedad del módulo terapéutico, en el cual se alberga de forma independiente del resto de la población reclusa, a los internos que están en el programa, aplicándose de forma intensiva el contenido

---

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/drogodependencia.html#c2>  
(6/05/2019).



de la terapia, evitando en todo momento el contacto con el resto de los reclusos<sup>63</sup>. En relación con los módulos terapéuticos, estos entrañan una auténtica comunidad terapéutica, la cual recordemos es el instrumento de tratamiento penitenciario más idóneo para combatir las drogodependencias. Continuando dentro del programa de abstinencia o deshabituación, hay que mencionar que este se compone de tres estadios principales: desintoxicación (conseguir frenar el síndrome de abstinencia en su vertiente física, recurriendo incluso al uso de fármacos), deshabituación en sentido estricto (implica romper con la necesidad psicológica de consumo, a través de técnicas socioeducativas, talleres de habilidad social o de mejora de la capacidad de autocontrol) y la inserción social, que implica trabajar en prevenir las recaídas y mejorar o restablecer sus contactos con la familia, una vez la abstinencia ha sido consolidada<sup>64</sup>.

En segundo lugar, una vez ha sido atajado el problema de la dependencia y se ha logrado que el interno se desprenda física y psicológicamente de la droga, debe aplicarse el programa de reincorporación social. Dicho programa tiene por objetivo facilitar la adquisición y/o desarrollo de instrumentos, actitudes, habilidades y aprendizajes que les ayuden a mejorar su desenvolvimiento personal, familiar, social y laboral; aplicando ahora por su idoneidad diversos instrumentos de tratamiento como son la formación pre-laboral y laboral, las salidas programadas, la participación en talleres productivos (trabajo penitenciario), la concesión

---

<sup>63</sup> La información para la explicación del programa de deshabituación ha sido extraída de AA.VV.: *Actuar Es Posible, Intervención sobre Drogas en Centros Penitenciarios*, Ed. Ministerio De Sanidad Y Consumo, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2006, pp. 62 y 63.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 64

de permisos de salida y su derivación hacia centros de atención especializada al drogodependiente en los casos de progresión al tercer grado<sup>65</sup>.

En tercer y último lugar, debemos hablar de otros programas que se presentan como figuras de apoyo a los anteriores, aunque no por ello carecen en absoluto de importancia. De un lado un programa de mantenimiento con metadona, tremendamente útil cuando el interno se encuentra en proceso de deshabitación, enfocado en la mayoría de los casos a individuos cronificados en la adicción, fruto del abuso de opiáceos<sup>66</sup>. De otro lado, también jugará un papel fundamental para evitar nuevos consumos el programa de prevención de educación para la salud, con el fin de proteger a aquellos internos que aún no han caído en el mundo de la drogadicción pero que, por su dificultosa situación, son un grupo de riesgo; para ello se realizan actividades de todo tipo: formación para la salud, talleres de manejo de estrés o de mejora de las habilidades de resolución de conflictos<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Lo explicado puede consultarse en GINER ALEGRÍA, C.A., NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., C. A. y NICOLÁS GARCÍA, J.N.: *Manual de Prevención y Tratamiento Penitenciario*, Ed. Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2016, p. 183.

<sup>66</sup>Vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, A., JIMÉNEZ RUS, M., PINZÓN PULIDO, S. y LECHUGA LIZ, P.: "Apoyo social a drogodependientes en programa de mantenimiento con metadona en una prisión". *Sociedad Andaluza de Medicina Familiar y Comunitaria*, vol. 9 nº 2, 2008, p. 88.

<sup>67</sup> Vid. GINER ALEGRÍA, C.A., NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., y NICOLÁS GARCÍA, J.N.: *op. cit.*, p. 179.



#### **4.2.C Valoración sobre el tratamiento para drogodependientes**

Existen diversos obstáculos a los que el tratamiento para drogodependientes debe de enfrentarse a la hora de ser aplicado, propios de la prisión y la subcultura carcelaria (como ejemplo, las habituales rencillas o internos que introducen droga en los módulos); con lo que sería interesante plantear de cara al futuro una reducción de la represión penal en esta materia, instaurándose la aplicación de los tratamientos que hemos observado en el exterior, sin tener que recurrir a la aplicación de penas privativas libertad para estos sujetos<sup>68</sup>.

No obstante hasta que la anterior solución fuere viable y existiese un desarrollo legislativo que permitiese su aplicación, debemos pensar en qué otros mecanismos de nuestro ordenamiento podemos apoyarnos para mejorar la aplicación del programa para drogodependientes. Estos son tres: en primer lugar, hacer un mayor uso de la vía del art.182 RP, el cual permite al centro autorizar a los internos clasificados en tercer grado para ser encuadrados en unidades extrapenitenciarias para la continuación del tratamiento de deshabituación; en segundo lugar, utilizando el art. 90.2 del CP., que permite al juez de Vigilancia Penitenciaria imponer el internamiento de estos sujetos en centros de deshabituación cuando se encuentren en libertad condicional (como un paso intermedio para evitar recaídas una vez se encuentren fuera del medio penitenciario); y en tercer y último lugar, potenciar la aplicación del principio de flexibilidad del art. 100.2 del RP, permitiendo a internos clasificados en segundo grado

---

<sup>68</sup> Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. y ARENAS GARCÍA, L.: "Estudio longitudinal del tráfico de drogas y de su impacto en la delincuencia". *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2016, pp. 25 y 26.

acudir a centros de deshabituación para el cumplimiento de la pena<sup>69</sup>.

### **4.3. Programa de Intervención para agresores sexuales**

Los delitos contra la libertad sexual general una indudable alarma social que preocupa prácticamente a la totalidad de la opinión pública, incluso más que delitos de cualquier otra tipología<sup>70</sup>. Por ello, desde Instituciones Penitenciarias, se ha decidido aplicar un programa específico de intervención para delincuentes sexuales varones que hayan actuado sobre mujeres o menores, con el objetivo de aumentar las probabilidades de no reincidencia en el delito, favorecer un análisis realista de las propias actividades delictivas y mejorar las capacidades de relación personal entre los sujetos<sup>71</sup>.

Además, el art. 116.4. del RP establece específicamente que la Administración Penitenciaria

---

<sup>69</sup> Mecanismos propuestos y desarrollados en MUÑOZ SANCHEZ, J., PÉREZ JIMÉNEZ, F., CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y GARCÍA ESPAÑA, E.: "El tratamiento terapéutico en drogodependientes delincuentes como alternativa a la prisión". *Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Boletín Criminológico*, nº127, 2011, p. 2.

<sup>70</sup> Vid. DÍAZ GÓMEZ, A. y PARDO LLUCH, M. J.: "Delitos sexuales y menores de edad: una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, 2017, p. 3.

<sup>71</sup> Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Programa de intervención para agresores sexuales.

Vid. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/agresoresSexuales.html#c3>. (11/05/2019)



podrá diseñar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo.

Vamos a ver a continuación los aspectos que consideramos más importantes a tratar en el marco del tratamiento penitenciario para agresores sexuales.

#### **4.3.A La figura del agresor sexual**

A estas alturas del trabajo hemos dejado suficientemente en claro que, para desarrollar una correcta aplicación del tratamiento penitenciario, es imprescindible realizar un eficaz análisis de la personalidad del interno, seleccionando aquellos extremos que resulten de relevancia para construir una estrategia terapéutica sólida. Reproducir cuál es la personalidad de un agresor sexual es una tarea inviable, pues esta es particular e individual para cada uno de los sujetos; no obstante vamos a reproducir una serie de variables que, a través de nuestra práctica forense, se ha delimitado que se cumplen o coinciden en la mayoría de individuos.

Así pues, actuarán como indicadores comunes los siguientes: baja autoestima, estados emocionales negativos (ansiedad, soledad, resentimiento, frustración), proceso de socialización deficiente por familia desestructurada, violencia física o psíquica por parte de los progenitores, problemas de aprendizaje o fracaso escolar, dificultades de relación interpersonal, problemas de relación de pareja, concepción distorsionada acerca del género femenino, frecuente negacionismo del delito con conductas autoexculpatorias en conjunción con un marcado asilamiento o desconfianza hacia los demás reclusos, pero con una correcta adaptación a la normativa penitenciaria<sup>72</sup>. No

---

<sup>72</sup> Vid. POZUECO ROMERO, J.M.: "Programas de tratamiento psicológico penitenciario". En REVIREGO PICÓN, F. y

obstante, debe destacarse que abunda la normalidad emocional externa entre estos internos, la cual debe ser superada y derribada por parte de los profesionales en todo caso, penetrando de forma directa en el conjunto de experiencias traumáticas y deficiencias personales que les afectan y abordándolas desde un punto de vista terapéutico, pues de lo contrario, la probabilidad de reincidencia se mantendrá intacta<sup>73</sup>.

#### **4.3.B Estrategia de intervención tratamental para agresores sexuales**

Desde el año 2004, se está aplicando en nuestro sistema penitenciario PEI para agresores sexuales. Pues bien, este programa de tratamiento se articula en dos fases claramente diferenciadas por las que el interno habrá de verse incluido: el tratamiento A o fase de toma de conciencia y el tratamiento B o fase de toma de control.

El denominado tratamiento A o de toma de conciencia, tiene por objetivo la asimilación por parte del sujeto de los contenidos explicativos o razones de su conducta violenta, de forma que se propicie la disminución del nivel de resistencia que pueda presentar el sujeto hacia la admisión o reconocimiento del propio comportamiento criminógeno; esto se consigue a través de cinco actuaciones concretas: análisis de la historia personal, es decir, que el sujeto conozca su propia vida y vivencias; introducción a distorsiones cognitivas, o lo que es lo mismo, tratar de lograr que el sujeto conozca la relación que explica por qué ciertas emociones o

---

CARCEDO GONZÁLEZ, R.: *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Ed. Amarú Ediciones, Salamanca, 2007, p. 20 y 21.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 21.



pensamientos anteriores han sido los causantes de la realización de su conducta lesiva; desarrollo de la conciencia emocional, lo que permitirá al sujeto interpretar sus emociones y aceptar o normalizar la existencia de estas; estudio de los comportamientos violentos, para que así el interno estudie las consecuencias de sus acciones dañinas y así poder reconducir las conductas violentas, y por último, desvirtuación de los mecanismos de defensa del delincuente, con el fin de que ceda, reconozca y/o asuma el delito<sup>74</sup>.

Una vez sentado lo anterior, vamos a centrar nuestra atención en el tratamiento B. o también denominado tratamiento para la toma de control. Esta fase del programa de intervención para agresores sexuales se centra en la prevención de recaídas, es decir, lograr que a los sujetos superen y se sobrepongan a aquellos factores que pueden conducir al acercamiento a una víctima y disminuir su autocontrol, siendo conveniente señalar que en este punto los internos ya han logrado asumir su responsabilidad en el delito y se encuentran suficientemente motivados para emprender un cambio en su forma de enfrentarse a los problemas de la vida cotidiana una vez se encuentren en libertad<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Vid. RIVERA GONZÁLEZ, G., ROMERO QUINTANA, M.C., LABRADOR MUÑOZ, M. y SERRANO SAIZ, J.: *El control de la agresión sexual, programa de intervención en el medio penitenciario*, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006, pp. 23-236.

Esta obra constituye la herramienta con la que trabajarán especialistas y profesionales en prisión cuando actúen con delincuentes sexuales.

<sup>75</sup> Vid. GARCÍA DIEZ, C., MONTES ALCARAZ, A. y SOLER IGLESIAS, C.: "Evaluación, tratamiento y gestión del riesgo de delincuentes sexuales. propuestas para una actualización del modelo". *Revista de Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*, nº 8, 2015, p.55.

Dentro del tratamiento B, al igual que en el tratamiento A, existen una serie de actuaciones concretas: generar en el individuo una relación de empatía con la víctima, como una suerte de identificación emocional; desarrollo de una reestructuración cognitiva que permita corregir las desviaciones o errores de pensamiento que hasta ese momento habían integrado su personalidad; inculcación de un estilo de vida positivo a través del deporte y la inclusión en talleres de trabajo productivo; asimilación de una educación sexual que les permita conocer el sexo desde la veracidad y la ciencia, al margen de las erróneas concepciones que hasta ese momento ha tenido, que les permita asumir que el sexo debe partir de un proceso de comunicación y respeto; por último, una modificación del impulso sexual, que le permita tener el pleno dominio y capacidad de reprimir sus instintos<sup>76</sup>.

#### **4.3.C Valoración acerca del programa de intervención para agresores sexuales**

Una vez que ya conocemos cómo opera el tratamiento penitenciario para drogodependientes, es momento de conocer qué aspectos positivos se desprenden del mismo y que dificultades, límites o carencias entendemos que deben ser mejoradas. La cuestión positiva que destaca de este programa es su efectividad, algo que solo puede medirse de una manera: a través de las estadísticas de reincidencia. Los sujetos que han sido penados por un delito de agresión sexual que han sido sometidos al programa reinciden en una proporción muy pequeña: el 81,50 % de ellos no vuelve a cometer ningún delito durante su vida en libertad

---

<sup>76</sup> Vid. RIVERA GONZÁLEZ, G., ROMERO QUINTANA, M.C., LABRADOR MUÑOZ, M. y SERRANO SAIZ, J.: *op. cit.*, pp. 260-376.



frente a un 18,50 % restante que sí reincide, pero solamente un 5,80 % del total de los agresores excarcelados lo han hecho cometiendo un delito sexual<sup>77</sup>. ¿Por qué podemos afirmar que estos números son realmente positivos? Porque si son comparados con la denominada tasa general de reincidencia para el periodo 2010-2014, observamos que esta es notablemente superior: el 30,20% del total de los excarcelados en España reincidieron<sup>78</sup>.

De otro lado, sí que existen aspectos necesitados de mejora, como es el caso de los requisitos para acceder y ser incluido en el programa, ya que el interno debe cumplir, entre otras, unas condiciones que a nuestro juicio indican un nivel de exigencia alto: estar próximo al tercer grado penitenciario, o a la libertad condicional, o, excepcionalmente, en espera de poder disfrutar permisos de salida frecuentes<sup>79</sup>. Entendemos que esto retrasa enormemente su aplicación y por ende, deja sin cubrir sus necesidades terapéuticas durante un tiempo que en muchas ocasiones puede ser prolongado, especialmente en las penas de larga duración.

#### **4.4. Programa de intervención para agresores en materia de violencia de género**

El hecho de que la violencia de género es una lacra que afecta y daña de lleno a nuestra sociedad es innegable. Para que nos hagamos una idea, hasta un

---

<sup>77</sup> Datos que pueden ser consultados en DELGADO DE LA TORRE, R. y TIBAU ANDONI, X.: "Las Redes Bayesianas como herramienta para la evaluación del riesgo de reincidencia: Un estudio sobre agresores sexuales". *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 13, 2015, pp. 6-8.

<sup>78</sup> Vid. AA.VV.: *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014*, Ed. Generalitat de Catalunya Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2015, p. 131.

<sup>79</sup> Vid. RIVERA GONZÁLEZ, G., ROMERO QUINTANA, M.C., LABRADOR MUÑOZ, M. y SERRANO SAIZ, J.: *op. cit.*, p. 23.

total de 27.202 personas fueron condenadas durante el año 2017 en sentencia firme por asuntos relacionados con este fenómeno<sup>80</sup>, siendo 5.915 los internos que se hallaban cumpliendo condena por violencia de género en 2015<sup>81</sup>, lo cual representaba un nada despreciable 12,14% del total de los 48.705 individuos varones que en aquel año se encontraban cumpliendo condena.

Según lo anterior expuesto, no es de extrañar que Instituciones Penitenciarias tenga establecido un programa de intervención para aquellos sujetos que han cometido delitos de violencia de género en el ámbito familiar, es decir, contra sus parejas y ex parejas; con el objetivo de disminuir la probabilidad de reincidencia en actos de violencia de género por parte de estos sujetos, reconducir las actitudes sexistas y desarrollar pautas de conducta que respeten la igualdad de género<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto Nacional de Estadística, 2018, mayo 28. *Estadísticas de Violencia de Género y Doméstica del periodo 2017*. P. 19. Véase con más detalle lo enunciado en:

[https://www.ine.es/prensa/evdvg\\_2017.pdf](https://www.ine.es/prensa/evdvg_2017.pdf) (14/05/2019)

<sup>81</sup> Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. *Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*, 2015, pp. 13 y 14.

<sup>82</sup> Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Violencia de Género, programa de intervención para agresores*.

Vid.

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/maltratadores.html>  
(16/05/2019)



#### **4.4.A La figura del delincuente de género**

Al igual que en los apartados anteriores, resulta inviable realizar una delimitación de la personalidad de un delincuente de género; o como se les conoce comúnmente, maltratadores. Ahora bien, existe una serie de elementos o características que resultan comunes en gran medida a todos estos sujetos: han sido víctimas o testigos de malos tratos; lo que hace que entiendan el maltrato como forma normal de comportamiento y relación en la familia, baja autoestima, presencia de celopatías obsesivas, autorrepresión emocional y en especial, aspiración al dominio absoluto y poder sobre su pareja, no solo en lo físico sino en pensamientos y sentimientos<sup>83</sup>.

De otro lado, ya más dentro del ámbito penal-penitenciario, se presenta una serie de elementos que también merecen ser estudiados. La circunstancia más básica es que existen dos tipos de delincuentes de género, el más predominante (en torno a un 76% de estos delincuentes) son aquellos que única y exclusivamente cometen delitos violentos, contra sus parejas o ex parejas; al contrario de los llamados delincuentes antisociales, quienes aparte de ejercer lo anterior descrito, cometen otra serie de delitos que nada tienen que ver con la violencia machista<sup>84</sup>. Otros datos que también merecen ser expuestos y que nos ayudarán a determinar la realidad penitenciaria del delincuente de género son los siguientes: predomina el grupo de internos cuya condena es inferior a tres años (en torno

---

<sup>83</sup> Vid. LÓPEZ GARCÍA, E.: "La figura del agresor en la violencia de género: características personales e intervención". *Los Papeles del Psicólogo*, vol. 25, nº 88, 2004, pp. 32-35.

<sup>84</sup> Vid. RICO GARRÍ, M., RUÍZ ALVARADO, A. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El delincuente de género en prisión un estudio de las características personales y criminológicas y la intervención en el medio penitenciario*, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2011, P. 20.

a un 56%), el arco de edad donde más abunda la población penitenciaria que tiene estas características es en el tramo de entre los 31 a los 40 años (los cuales representan un 34,05% de la muestra), siendo importante destacar que como regla general presentan una correcta y buena adaptación a la prisión, llegando hasta un 39,2% de ellos a solicitar voluntariamente ser incluidos dentro del programa específico de intervención<sup>85</sup>.

#### **4.4.B Estrategia de intervención tratamental para delincuentes de género**

El programa de intervención para agresores (PRIA), se estructura en dos bloques claramente diferenciados y que obedecen a funciones distintas: la primera, está enfocada a trabajar aquellas variables clínicas que el participante debe conocer y manejar antes de pasar a la segunda, en la cual se abordan las diferentes manifestaciones de la violencia de género<sup>86</sup>.

El primer bloque, con un enfoque más emocional y preparatorio como se ha señalado arriba, se compone de las siguientes 5 unidades: preparación y motivación para el tratamiento, con el fin de que el interno se integre en el programa y sus actividades de forma positiva; identificación y expresión de emociones, eliminando su represión hacia el interior, evitándose de cara al futuro situaciones de desbordamiento que desencadenarían en una agresión; trabajar sobre las distorsiones cognitivas y creencias irracionales del sujeto, con el fin de lograr la eliminación y sustitución de esquemas disfuncionales causantes del mal propio y ajeno, concretamente,

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. 21-49.

<sup>86</sup> Vid. GINER ALEGRÍA, C.A., NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., y NICOLÁS GARCÍA, J.N.: *op. cit.*, p. 246.



aquellas ideas estereotipadas de roles preconcebidos de varón-mujer, de pertenencia y de posesión que le hacen justificar el uso de su violencia; asunción de la responsabilidad y derribo de los mecanismos de defensa que le hacen negar su acción e incluso culpabilizar a la víctima; empatía con la víctima, haciendo que el interno tome conocimiento de las consecuencias negativas que para la mujer y otros individuos implican sus acciones, consiguiendo que logre ponerse en el lugar del otro<sup>87</sup>.

El segundo de los bloques se compone de 6 unidades ya más relacionadas con sus estrictos comportamientos o acciones, entrándose de lleno en su naturaleza y peculiaridades: eliminación de la violencia física y control de la ira, ya que esta violencia se desarrolla de forma progresiva o piramidal, es decir, el sujeto comienza a realizarla a través de pequeños actos insignificantes (un pellizco) hasta alcanzar el máximo nivel con el tiempo (muerte o lesiones graves), este aumento paulatino se explica debido a los episodios cada vez más frecuentes de ira que experimenta, los cuales al no poder ser controlados por el sujeto, desencadenan una situación de violencia; desvirtuación de la agresión y coerción sexual, debido a que muchos maltratadores interpretan el sexo como una obligación de la esposa, lo que da como resultado situaciones de comportamiento sexualmente agresivo o coercitivo hacia ellas, siendo la llave para evitarlo la enseñanza y adquisición de un estilo de relación sexual equilibrado centrado en la afectividad con la pareja; erradicación de la violencia psicológica, la

---

<sup>87</sup> Lo contenido y explicado en el primer bloque ha sido extraído de AA.VV.: *Violencia de género, programa de intervención para agresores*, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2010, pp.79-173.

Cabe mencionar que en esta obra, dentro de la sección Documentos Penitenciarios, se marcan todas las pautas concretas de desarrollo de este programa tan importante.

cual implica una serie de conductas que atentan contra la integridad emocional de la mujer de forma continua y sistemática, esto se conseguirá haciendo que el sujeto conozca y sepa identificar los distintos tipos de violencia psíquica, sustituyéndolos por otros que fomenten la asertividad y la negociación; extinguir las actitudes de abuso e instrumentalización de los hijos, ya que estos resultan objeto de daño para las madres (Síndrome de Alienación Parental), esto solo se consigue si se logra hacer ver al penado que el interés superior del menor y su bienestar están por encima de cualquier otra cuestión que se derive de su relación conyugal; profundización en materia de género y su violencia, haciendo que el interno tenga capacidad en el futuro para detectar y analizar situaciones de discriminación y desigualdad hacia la mujer, y desde su perspectiva histórica, que aprenda adquirir nuevos roles dentro del hogar; prevención de recaídas, intentando que el interno sepa identificar conductas o decisiones que, pudiendo ser irrelevantes, impliquen un potencial riesgo<sup>88</sup>.

Otros programas a los que queremos hacer mención y que pueden servir de utilidad y continuidad al interno una vez alcanzada su puesta en libertad, aunque limitados a su ámbito geográfico, son dos: El Programa Galicia y el Programa Contexto. El primero de ellos, aplicable en dicha Comunidad Autónoma, guarda relación y sigue la estela del programa de intervención, ya explicado, para delincuentes de género en prisión, aunque con especial hincapié en que el individuo tome conciencia de los derechos de la mujer en relación con las obligaciones de los hombres, junto con el aprendizaje

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp.191-308.



de nuevas habilidades y destrezas<sup>89</sup>. El segundo de ellos, desarrollado para la Comunidad Valenciana, consiste en que, a través de diversos niveles que comienzan desde la esfera personal del delincuente, se realice una intervención en el ámbito o entorno social en el que dicho sujeto va a desenvolverse y en el que pueden existir o no condicionantes que favorezcan su recaída<sup>90</sup>.

#### **4.4.C Valoración acerca del programa de intervención para delincuentes de género**

Aunque este programa es interpretado como un notable progreso en materia tratamental, existen una serie de problemas que restringen el objetivo rehabilitador: dada la exigencia para participar en el programa de tener una condena superior a 12 meses y que el tiempo para la finalización de esta no sea superior a dicha cifra, muchos internos que necesitan esta intervención terapéutica se ven vetados para participar en él, ya sean sus penas de corta o de larga duración como consecuencia de delitos más graves<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Vid. ARCE FERNÁNDEZ, R., y FARIÑA RIVERA, F. "Programa Galicia de reeducación para maltratadores de género". *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 16 nº 1, 2006, p. 46.

<sup>90</sup> Vid. AA.VV.: "Una experiencia de investigación, formación e intervención con hombres penados por violencia contra la mujer en la Universidad de Valencia: Programa Contexto". *Intervención Psicosocial: Revista sobre igualdad y calidad de vida*, vol. 19 nº2, 2010, p. 14.

<sup>91</sup> Vid. SORDI STOCK, B.: "Programas para agresores de violencia de género en prisión: ¿Avanzamos o caminamos en círculos?" *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, 2016, pp. 120 y 121.

En este documento se cita como ejemplo de delito de pena corta, que excluye en muchos casos a los individuos la aplicación del programa, el 468.2 de quebrantamiento de condena, el cual tiene una pena de prisión de 6 meses a un año.

Por otro lado, un refuerzo positivo que puede citarse es que el programa ayuda a reducir la reincidencia en lo que a delitos contra la pareja se refiere de un 50%, que sería la media de los casos delincuentes que no se encuentran incluidos, a un 15%<sup>92</sup>.

Una solución a estudiar en la materia sería la incorporación de medidas alternativas al ingreso en prisión, como por ejemplo el uso de programas comunitarios voluntarios<sup>93</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

I. Todos los operadores jurídicos debemos ser conscientes de la importancia del mandato resocializador del art. 25.2 CE, pues si no lo tenemos en cuenta e ignoramos su importancia en el contexto penal, cometeríamos el error de interpretar nuestras penas privativas de libertad como algo vindicativo y no como una forma de corregir a aquellos que delinquieron para que no vuelvan a hacerlo.

II. Superar la concepción clínica del tratamiento ha traído como consecuencia un gran avance en la

---

<sup>92</sup> Vid. SORDI STOCK, B.: "Programas para agresores de violencia de género en prisión: ¿De qué evidencia disponemos?" *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 13, 2016, p. 16.

Cabe mencionar que dichos datos derivan de un estudio muestral llevado a cabo en la Prisión de Brians II y que pueden verse con mayor amplitud en LOINAZ CALVO, I.: "Clasificación de agresores de pareja en prisión. Implicaciones terapéuticas y de gestión de riesgo". En Centre d' Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.: *Intervención con agresores de violencia de género*, Ed. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011, pp.153-276.

<sup>93</sup>SORDI STOCK, B. *¿Avanzamos o caminamos en círculos?* P. 129.



materia. Ahora los internos, podrán verse beneficiados de actividades, tareas, o herramientas mucho más amplias y de mayor utilidad para prepararles de cara a una vida en sociedad alejada del delito, sabiendo contrarrestar las dificultades que la prisión trae consigo, es el caso de las actividades deportivas y de ocio, e instaurando en sus conciencias que una vida alejada del delito es posible. Cabe mencionar que, al igual que el Reglamento Penitenciario se actualizó con el fin de dar cobertura a las nuevas necesidades, la Ley Orgánica General Penitenciaria debería seguir el mismo camino e incluir nuevos principios que sirvan para un correcto desarrollo del tratamiento, por ejemplo, aquellos que permitan vincular de forma más estrecha el tratamiento penitenciario con las comunicaciones entre el interno y la sociedad.

III. Los instrumentos de tratamiento penitenciario estudiados merecen una valoración muy positiva, en especial, queremos destacar el trabajo penitenciario y la educación y formación, pues sin ellos, gran parte de las carencias que los internos padecían al entrar en prisión nunca podrían ser corregidas; además, les dotan de capacidades y habilidades para poder incorporarse al mercado laboral una vez en el exterior y así comenzar a construir su nuevo proyecto de vida. Esta última afirmación la consideramos clave y esencial para que el tratamiento penitenciario llegue a funcionar en la práctica.

IV. Los programas específicos de intervención han demostrado su efectividad a la luz de las estadísticas plasmadas en el trabajo. Permiten delimitar aquellas áreas o situaciones que les motivaron a ocasionar el delito, trabajar en profundidad sobre ellas y corregirlas con precisión. Como propuesta de mejora, deben buscarse mecanismos para que todo interno pueda ser incluido en el programa que le corresponda desde el primer instante en que se encuentre en prisión, pues de

lo contrario, el resto de tiempo de condena sería en balde. También buscar fórmulas alternativas que permitan al condenado seguir programas paralelos en el exterior en lugar de pasar inexcusablemente por prisión.

V. La última reflexión que queremos dejar en este trabajo es que, inevitablemente, la sociedad debe abrirse a los penados, debe permitirles volver a formar parte de ella, integrarles, no excluirles ni estigmatizarles por su pasado. Si esto no se cumple, nunca podrá lograrse la reinserción social de la que nos habla la CE, y todo el trabajo empleado entre muros habrá sido en vano.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV.: Actuar Es Posible, Intervención sobre Drogas en Centros Penitenciarios, Ed. Ministerio De Sanidad Y Consumo, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2006.

AA.VV.: Tasa de reincidencia penitenciaria 2014, Ed. Generalitat de Catalunya Centre d` Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2015.

AA.VV.: "Una experiencia de investigación, formación e intervención con hombres penados por violencia contra la mujer en la Universidad de Valencia: Programa Contexto". Intervención Psicosocial: Revista sobre Igualdad y Calidad de Vida, vol. 19 nº2, 2010.

AA.VV.: Violencia de género, programa de intervención para agresores, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2010.



ALARCÓN BRAVO, J.: "El tratamiento penitenciario". Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela, nº2, 1978.

ALARCÓN PÉREZ, P; LARRAURI, E. y ROVIRA SOPEÑA, M.: "La concesión de permisos penitenciarios". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 20, 2018.

AÑAÑOS BEDRIÑANA, F. y YAGÜE OLMOS, C.: "Educación social en prisiones. Planteamientos iniciales y políticas encaminadas hacia la reinserción desde la perspectiva de género". Pedagogía Social. Revista Interuniversitaria, nº 22, 2013.

ARANDA CARBONELL, M. J.: Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario análisis teórico y aproximación práctica, Ed. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

ARCE FERNÁNDEZ, R., y FARIÑA RIVERA, F. "Programa Galicia de reeducación para maltratadores de género". Anuario de Psicología Jurídica, vol. 16 nº 1, 2006.

ARNOSO MARTÍNEZ, M.: Cárcel y trayectorias psicosociales: actores y representaciones sociales, Ed. Albertdania, San Sebastián, 2005.

AYUSO VIVANCOS, A.: Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España, Ed. Nau Llibres, Valencia, 2003.

BELINCHÓN CALLEJA, E y GARCÍA CASADO, H.: "Definición y fundamentos teóricos". En BELINCHÓN CALLEJA, E., GARCÍA CASADO, H. y CENDÓN SILVÁN, J.M.: Módulos de Respeto, Manual de Aplicación, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2011.

BELTRÁN CRUZ, J.: "La educación en las prisiones, elemento fundamental del tratamiento penitenciario". Revista Educar(NOS), nº 52, 2010.

BLANCO LOZANO, C. y TINOCO PASTRANA, A.: Prisión y resocialización, Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2009.

CASANOVA AGUILAR, I.: "Mandato resocializador de las penas privativas de libertad y permisos de salida penitenciarios". Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, nº 8, 2014.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. y ARENAS GARCÍA, L.: "Estudio longitudinal del tráfico de drogas y de su impacto en la delincuencia". InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Nº 4, 2016.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria". La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 8, 2004.

COMAS ARNAU, D.: "La comunidad terapéutica, una perspectiva metodológica"- En COMAS ARNAU, D.: La metodología de la Comunidad Terapéutica, Ed. Fundación Atenea Grupo Gid, Madrid, 2010.

DE ALÓS MONER, R., MARTÍN ARTILES, A., MIGUÉLEZ LOBO, F. y GIBERT, BADÍA, F: "¿Sirve el trabajo penitenciario para la reinserción? Un estudio a partir de las opiniones de los presos de las cárceles de Cataluña". Revista Española de Investigaciones Sociológicas, nº 127, 2009.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "El trabajo de los internos en el Derecho Penitenciario Español".



Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº33, 1995.

DELGADO DE LA TORRE, R. y TIBAU ANDONI, X.: "Las Redes Bayesianas como herramienta para la evaluación del riesgo de reincidencia: Un estudio sobre agresores sexuales". Revista Española de Investigación Criminológica, vol. 13, 2015.

DÍAZ GÓMEZ, A. y PARDO LLUCH, M. J.: "Delitos sexuales y menores de edad: una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 19, 2017.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: Manual de Derecho Penitenciario, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

FERNÁNDEZ ARTIACH, P.: El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?" Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, vol. 67 nº1, 2014.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: Individualización científica y tratamiento en prisión, Ed. Ministerio Del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ MANGAS, D. y ANDRÉS PUEYO, A: "Predicción y prevención de quebrantamiento de los permisos penitenciarios". Revista Española de Investigación Criminológica, nº13, 2015.

GALLARDO GARCÍA, R. M.: "Los programas y actividades del tratamiento penitenciario: la necesaria adaptación de la norma". Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 20, 2016.

GALLEGO DÍAZ, D: "Tratamiento penitenciario y voluntariedad". Revista de Estudios Penitenciarios, extra, 2013.

GARCÍA DÍEZ, C., MONTES ALCARAZ, A. y SOLER IGLESIAS, C.: "Evaluación, tratamiento y gestión del riesgo de delincuentes sexuales. propuestas para una actualización del modelo". Revista de Intervención Psicoeducativa en la Desadaptación Social, nº 8, 2015.

GARRIDO GUZMAN, L.: Manual de ciencia penitenciaria, Ed. Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983.

GINER ALEGRÍA, C.A., NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., y NICOLÁS GARCÍA, J.N.: Manual de Prevención y Tratamiento Penitenciario, Ed. Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2016.

GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F.: Cárcel electrónica Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

LEGANÉS GÓMEZ, S.: Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

LOINAZ CALVO, I.: "Clasificación de agresores de pareja en prisión. Implicaciones terapéuticas y de gestión de



riesgo". En Centre d' Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.: Intervención con agresores de violencia de género, Ed. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011.

LÓPEZ GARCÍA, E.: "La figura del agresor en la violencia de género: características personales e intervención". Los Papeles del Psicólogo, vol. 25, nº 88, 2004.

LÓPEZ MELERO, M.: "Cuestiones sobre el régimen y el tratamiento penitenciario". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, vol. 67 nº1, 2014.

MAPELLI CAFFARENA, B.: Principios fundamentales del sistema penitenciario español, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.

MARTÍN ALVARADO, S., REMACHA GARCÍA, G. y PÉREZ DAS, A.: Documentos Penitenciarios. Comunidad Terapéutica Intrapenitenciaria, Establecimiento Penitenciario de Valencia, Ed. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

MATA Y MARTÍN, R. M.: Fundamentos del sistema penitenciario, Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

Ministerio del Interior, Balances e Informes. Informe sobre evolución del tráfico ilícito de droga en España en 2013, 2014.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Informe sobre salud y consumo de drogas en internados en instituciones penitenciarias, 2016.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. IX Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, 2015.

MIR PUIG, C.: Derecho penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad, Ed. Atelier Libros, Barcelona, 2011.

MONTERO HERNANZ, T.: "El tratamiento penitenciario". En DE VICENTE MARTÍNEZ, R: Derecho Penitenciario, enseñanzas y aprendizaje, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ SANCHEZ, J., PÉREZ JIMÉNEZ, F., CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y GARCÍA ESPAÑA, E.: "El tratamiento terapéutico en drogodependientes delincuentes como alternativa a la prisión". Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Boletín Criminológico, nº127, 2011.

MUÑOZ SANCHEZ, J.: "Responsabilidad penal del drogodependiente". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 16, 2014.

PASTOR SELLER, E. y TORRES TORRES, M.: "El sistema penitenciario en España ante las necesidades de las personas mayores privadas". Revista Virtual Universidad Católica del Norte, nº 50, 2017.

PÉREZ DEL RÍO, F.: Estudios sobre adicciones. Perfiles de drogodependientes y eficacia del tratamiento en proyecto hombre, Ed. Diputación Provincial de Burgos, 2011.



POZUECO ROMERO, J.M.: "Programas de tratamiento psicológico penitenciario". En REVIREGO PICÓN, F. y CARCEDO GONZÁLEZ, R.: Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios, Ed. Amarú Ediciones, Salamanca, 2007.

QUINTERO OLIVARES, G.: Parte general del Derecho Penal, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

RACIONERO CARMONA, F.: "El tratamiento Penitenciario". En RACIONERO CARMONA, F.: Derecho Penitenciario y privación de libertad, una perspectiva judicial, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

RICO GARRÍ, M., RUÍZ ALVARADO, A. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: El delincuente de género en prisión un estudio de las características personales y criminológicas y la intervención en el medio penitenciario, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2011.

RIVERA GONZÁLEZ, G., ROMERO QUINTANA, M.C., LABRADOR MUÑOZ, M. y SERRANO SAIZ, J.: El control de la agresión sexual, programa de intervención en el medio penitenciario, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ ALONSO, A.: Lecciones de Derecho Penitenciario, Ed. Comares, Granada, 2014.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, A., JIMÉNEZ RUS, M., PINZÓN PULIDO, S. y LECHUGA LIZ, P.: "Apoyo social a drogodependientes en programa de mantenimiento con metadona en una prisión". Sociedad Andaluza de Medicina Familiar y Comunitaria, vol. 9 nº 2, 2008.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: El Sistema Penitenciario Español ante el siglo XXI, Ed. Iustel, Madrid, 2013.

SORDI STOCK, B.: "Programas para agresores de violencia de género en prisión: ¿Avanzamos o caminamos en círculos?" Revista de Estudios Penales y Criminológicos, vol. 36, 2016.

SORDI STOCK, B.: "Programas para agresores de violencia de género en prisión: ¿De qué evidencia disponemos?" Revista Española de Investigación Criminológica, nº 13, 2016.

UMBERTO, G.: Diccionario de psicología, Ed. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2002.

URÍAS MARTÍNEZ, J.: "El valor constitucional del mandato de resocialización". Revista Española de Derecho Constitucional, nº 63, 2001.

VALERO GARCÍA, V.: "El tratamiento penitenciario: realidad y perspectivas". Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 84: El Juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario, 2005.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "El tratamiento penitenciario". En BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Derecho Penitenciario, Ed. Iustel, Madrid, 2016.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "El tratamiento penitenciario". En JUANATEY DORADO, C.: Manual de Derecho Penitenciario, Ed. Colex, Madrid, 2001.



**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL  
COORDINADA POR  
JAIME PINTOS SANTIAGO**

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**



## **UNA VISION DEL PUBLIC COMPLIANCE EN ARGENTINA, TRATANDO DE SEGUIR EL MODELO ESPAÑOL**

**D. Luis Ceserani**

Doctor en Derecho, Profesor Universidad de Buenos Aires y Universidad del Comahue, Magistrado Sec. Cámara Crimen, Sala I, Investigador.

**Resumen:** El presente trabajo nace como una inquietud personal del autor, luego de participar en Madrid en la Conferencia Anticorrupción Organizada por C5 Group; la misma dejó en evidencia que el derecho es un subsistema que se nutre, entre otras cuestiones, del derecho comparado. En este humilde aporte, trataremos de demostrar la necesidad de traspolar el modelo español del Public Compliance al derecho argentino; específicamente en las personas jurídicas públicas, empresas públicas y en los partidos políticos. Estos institutos carecen de regulación en el derecho argentino, en lo que a Public Compliance se refiere. Para ello analizaremos los modelos argentino y español pretendiendo demostrar las falencias del primero y



anhelando la aplicación del segundo en la laguna legislativa.

**Palabras Clave:** Public Compliance, Personas Jurídicas Públicas, Empresas Publicas-Sociedades y Empresas del Estado, Partidos Políticos, Modelo Castilla La Mancha

**Abstract:** This work is born as a personal concern of the author, after participating in Madrid in the Anti-Corruption Conference Organized by C5 Group; it made clear that law is a subsystem that is nourished, among other things, by comparative law. In this humble contribution, we will try to demonstrate the need to transpose the Spanish model of Public Compliance into Argentine law; specifically in public legal entities, public companies and in political parties. These institutes lack regulation in Argentine law, as far as Public Compliance is concerned. To do this, we will analyze the Argentine and Spanish models, seeking to demonstrate the shortcomings of the former and yearning for the application of the latter in the legislative gap.

**Key Words:** Public Compliance, Public Legal Persons, Public Companies, Societies and State Companies, Political Parties, Castilla La Mancha Model

**Sumario:** I.- El marco contextual. II.- Compliance y Public Compliance. III. Personas Jurídicas Públicas. IV.- Public Compliance en las personas jurídicas públicas estatal y no estatal, siguiendo el modelo Castilla La Mancha. V.- Public Compliance en las sociedades del Estado, Empresas del Estado y SA con Participación Estatal Mayoritaria. VI.- Selección y funciones del Public Compliance Officer. VII.- Partidos políticos: 1.- Conceptualización. Análisis del sistema español. 2.- Naturaleza jurídica. 3.- Sujetos de derecho penal. 4.-

Public Compliance en los partidos políticos. VIII.-  
Conclusión.

## **I.- EL MARCO CONTEXTUAL**

En el mes de noviembre del 2019, se celebró en Madrid la VII Conferencia Anticorrupción, la cual permitió el intercambio de opiniones referidas a los más variados temas relativos al fenómeno de la corrupción y los mecanismos para erradicar la misma. Miembros del Tribunal Superior de Justicia Español, fiscales, magistrados, funcionarios, abogados, management, empresarios y público en general; debatieron y delinearon los horizontes de las personas jurídicas privadas, las públicas y su responsabilidad penal frente al fenómeno de la corrupción.

Los ejes fundamentales giraron sobre el Compliance, la imputación penal de la persona jurídica, el due diligence (no solo a nivel civil y comercial sino además desde el punto de vista penal) y el aumento de los casos de corrupción, entre otros temas. Se evidenció la necesidad de un Public Compliance para las personas jurídicas públicas y la necesidad de profundizar, aún más, la responsabilidad penal de los partidos políticos como sujetos penalmente responsables en el sistema democrático e institucional.

Vemos que en el derecho español, el Public Compliance ha tenido un gran desarrollo, llegando a aplicarse no solo a las personas jurídicas públicas y las empresas públicas; sino también a los partidos políticos.

Por otra parte, la historia universal del derecho, permite inferir que el derecho comparado ha permitido el avance del sistema normativo; de un simple vistazo se puede observar que todo ordenamiento jurídico ha adoptado



algún instituto que no le es propio y que lo ha “importado” de otro ordenamiento jurídico. Es ahí donde Argentina deberá avanzar, implementando la aplicación del Public Compliance a las personas jurídicas públicas, empresas públicas y a los partidos políticos.

En virtud de todo lo mencionado, y atento a que en nuestro derecho estos parámetros no son legislados, desarrollaremos el presente trabajo destacando la posible aplicación de estas aristas españolas al derecho argentino. Por ello pasaremos revista al Public Compliance, a la posibilidad de que los partidos políticos puedan ser responsabilizados penalmente y puedan adoptar un programa de Compliance.

## **II.- COMPLIANCE Y PUBLIC COMPLIANCE**

En el derecho argentino las personas jurídicas públicas están consagradas en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCN) específicamente en el Libro Primero, Título II; art. 141 al 167. Atento a la extensión, tomaremos solo los artículos que son de aplicación en el tema.

El art. 141 define a las personas jurídicas, como aquellos entes a los cuales el ordenamiento les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Por otra parte, el art. 143 establece que la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. El art. 146 enumera aquellas personas jurídicas públicas: Estado Nacional, las Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuye ese carácter. Luego especifica que también son personas jurídicas públicas, los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte

de su derecho aplicable. Finalmente el artículo refiere a la Iglesia Católica. Debemos resaltar que este artículo en su apartado a) establece una fórmula residual: “y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuye ese carácter”. En dicha fórmula podrán admitirse otras personas jurídicas que posean la capacidad aludida en el art. 141, siendo viable ubicar asociaciones sindicales, asociaciones profesionales, etc.

Existen innumerables definiciones de personas jurídicas públicas. No obstante, citaremos algunas a modo didáctico. En tal sentido, Vitolo sostiene que las personas jurídicas públicas son aquellas que están establecidas en el art. 146 CCN en tres incisos <sup>(1)</sup>. Por su parte Rosatti define a las personas jurídicas públicas como la persona no humana a la que el ordenamiento jurídico le confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones con destino a la realización de un cometido estatal o la satisfacción de necesidades públicas. <sup>(2)</sup>

La dualidad de finalidades (realizar un cometido estatal o satisfacer necesidades públicas) permite distinguir y clasificar a las personas jurídicas públicas en estatales y no estatales <sup>(3)</sup>. La persona jurídica pública estatal es creada por el Estado y dotada de recursos públicos para la realización del cometido estatal, no tienen fin

---

<sup>1</sup> VITOLLO, D. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, “pág. 126”.

<sup>2</sup> ROSATTI, H., *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, “pág. 274”.

<sup>3</sup> MARIENHOFF, M.S, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, T. I, Buenos Aires, 1976, “pág. 363”.



comercial o industrial, el patrimonio es estatal y el Estado responde indirectamente por estos entes. En tanto que la persona jurídica pública no estatal es una persona no humana cuyo patrimonio es total o predominantemente privado y está destinado a la satisfacción de necesidades públicas. (4)

Otro de los criterios doctrinarios sostenidos para establecer la diferencia entre persona jurídica pública estatal y no estatal; es el encuadramiento de la misma dentro de la organización estatal y la titularidad de los fondos de la entidad. Si está encuadrada dentro de la organización estatal será una persona jurídica pública estatal aun cuando sus fines sean de naturaleza comercial o industrial. (5)

Por su parte Gordillo, hace una distinción importante ya que clasifica a las entidades públicas estatales incluyendo en ella a dos grupos: 1) aquellas que realizan una actividad administrativa típica, que persiguen un fin público, en la terminología usual. 2) aquellas que realizan una actividad comercial o industrial A su vez que las personas jurídicas no estatales serían aquellas en las cuales los particulares participan en mayor o menor medida pero que por estar sometidas a un régimen especial de derecho público son calificadas como públicas. (6)

Finalmente referiremos en este apartado a un particular artículo. En concreto, referimos al art. 147 CCN el cual es un artículo novedoso, si se quiere, ya que no estaba en el código de Velez. El mismo determina una limitación sustentada en un número limitado de supuestos en los

---

<sup>4</sup> ROSATTI, H., El... "ob. cit. pág. 275, 277".

<sup>5</sup> DIEZ, M.M., *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, "pág. 147".

<sup>6</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, 10 edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, "pág. xiv 13/17".

cuales no será de aplicación el Código Civil y Comercial estableciendo que en lo atinente a reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de la existencia de las personas jurídicas públicas se regirán por las leyes y ordenamientos de su constitución que son de carácter público. Se colige que en el resto de los supuestos si será de aplicación la ley de fondo; esto equivale a decir que en aquellos casos de actuación de la persona jurídica pública, fuera de los propiamente constitutivos u organizativos, le será de aplicación las disposiciones del Código Civil Comercial Nación.

En opinión de Vitolo, citando a Francesco Ferrara, sostiene que esto se debe a la doble capacidad que tienen las personas jurídicas públicas: pública y privada. (7) Rosatti, entiende que en virtud de este art. 147 las disposiciones del Código Civil y Comercial no son aplicables (8)

Por nuestra parte compartimos la postura asumida por Rosatti, y sostenemos, además, que esta dualidad genera fricciones jurisprudenciales a la hora de determinar aquellos supuestos que se ubican en el límite entre los dos estamentos normativos; es decir el art. 147 CCN y el estatuto propio de la persona jurídica que es de naturaleza pública.

### **III.- PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS**

Delineadas las conceptualizaciones básicas sobre las personas jurídicas públicas nos adentraremos en el instituto del Compliance. En nuestro derecho el Public

---

<sup>7</sup> VITOLLO, "ob. cit., pág. 132".

<sup>8</sup> ROSATTI, "ob. cit., pág. 247".



Compliance, no está regulado, ni cuenta con una definición precisa.

El único tipo Compliance conceptualizado en nuestro derecho es el que se aplica a las personas jurídicas privadas y se encuentra consagrado en el art. 22 ley 27.401; básicamente es definido como un programa de integridad consistente en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de integridad, supervisión y control orientados a prevenir detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos. A su vez que el art. 23 regula el contenido específico que debe contener ese programa entre los que se destacan tres puntos: 1) un código de ética o de conducta. 2) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios. 3) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados. Luego, el mismo artículo prevé cuestiones optativas como: 1) el análisis periódico de riesgos. 2) el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia. 3) Los canales internos de denuncias de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos. 4) Una política de protección de denunciantes contra represalias, entre otros.

En nuestra opinión, el Public Compliance puede ser definido como un programa de probidad orientado a la prevención de ilícitos y aminoración de riesgos que se aplica a todas las personas jurídicas públicas, siendo abarcativos de los comportamientos normativos y éticos. Entendemos que este tipo de Compliance no difiere radicalmente del Compliance de las personas jurídicas privadas, sino que solo varía el ámbito en el cual el mismo es aplicado. Miguel de Lucas sostiene que el Public Compliance hace referencia a aquella labor de control y supervisión realizada por la propia organización que tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de la

normativa existente en el ámbito de actuación de la entidad, proporcionando seguridad en su comportamiento y actuación y evitando en su caso la imposición de graves sanciones en caso de incumplimiento. (9)

#### **IV.- PUBLIC COMPLIANCE EN PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS ESTATALES y NO ESTATALES, SIGUIENDO EL MODELO CASTILLA LA MANCHA**

Analizadas las distintas categorías de personas jurídicas públicas y los tipos de Compliance. En este determinaremos en cada categoría si es factible la adopción de un programa de Compliance.

En nuestra opinión a las personas jurídicas públicas estatales, se les puede aplicar el Public Compliance; en ello no habría inconveniente y esta idea es consecuente con la búsqueda del bien común que tienen arraigados este tipo de entes. En las Constituciones Provinciales, y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), está presente que el espíritu de su constitución es la búsqueda del fin común, con lo cual el Public Compliance, viene a reforzar esta finalidad, coadyuva más a la transparencia en la administración, la consecución de normas éticas y la normatividad de los entes estatales. Un claro ejemplo de la aplicación de un programa de Compliance en las personas jurídicas públicas estatales lo constituye la Comunidad Autónoma de Castilla- La

---

<sup>9</sup> DE LUCAS, M., *Compliance Officer: el cumplimiento normativo en los partidos políticos*, acop papers n11, ISSN2445-396X.



Mancha. A tal fin esta Comunidad Autónoma sancionó la ley 4/26, la cual toma como fundamento rector la transparencia en la actividad pública, e indica a los entes comprendidos en la norma una serie de directivas encaminadas a la transparencia de todas las actividades que realicen, la obligación de proporcionar todo tipo de información que se les sea proporcionada. Se debe remarcar que la información puede ser relativa a diversos aspectos destacándose: la información institucional y organizativa, información sobre altos cargos y asimilados, información sobre planificación y evaluación, información de relevancia jurídica, información sobre procedimientos administrativos y de calidad de servicios, información económica, presupuestaria y financiera, información sobre contratación pública, información sobre convenios encomiendas y encargos, información sobre subvenciones y ayudas económicas, información sobre ordenación territorial urbanística y vivienda, información sobre cuentas abiertas. Asimismo el art. 23 establece que tienen derecho a la información pública las personas físicas y jurídicas.

Por otro parte la categorización del Código Civil y Comercial, especificada en el art. 146, implica un parámetro importante; un faro jurídico que permite determinar cuáles son los entes con una finalidad constitucional específica en los cuales no es admisible, bajo ningún pretexto, el acaecimiento de casos de corrupción. Al referir a las finalidades constitucionales, aludimos a las especificadas en los art.122, 123, 124, 125 que confieren a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una amplia gama de actividades económicas, políticas, administrativas, institucionales y sociales en las cuales claramente podrían producirse casos de corrupción. En concreto sostenemos la idea de que a mayor atribución constitucional de funciones al ente público, mayor

control debe realizarse, ello atento a que existe una mayor posibilidad de producirse casos de corrupción. Sería algo así como la aplicación de una regla de tres simple: mayor atribución constitucional, mayor responsabilidad, mayor posibilidad de corrupción. Esta mayor responsabilidad es la que permite aplicación del Compliance en este tipo de entes. La utilización del instituto sería consecuente con la atribución constitucional. Se trataría de un Compliance enmarcado en el derecho constitucional.

Además, debemos agregar que al aludir a las funciones constitucionales específicas referimos como la de celebrar tratados paralelos para fines de intereses económicos y trabajos de utilidad común. Asimismo, esta atribución constitucional a las Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, implica colocar en cabeza de estos entes públicos estatales funciones vitales no solo para las provincias sino para todo el sistema republicano de gobierno.

Las nuevas tendencias de la lucha contra la corrupción como producto de la criminalidad organizada constituyen un nuevo paradigma que debe ser abordado por todos los frentes; sin descanso alguno. En este marco el Compliance en este tipo de entes sería un instrumento tendiente a reducir la corrupción y la búsqueda de la eticidad de la institución. Una de las corrientes en boga sostiene que la corrupción debe ser considerada como un delito de lesa humanidad ya que el corrupto se apodera de bienes que servirían para salvaguardar el derecho a la vida o la salud de los demás, constituye una falacia pues la conducta podrá tornarse lesiva para la humanidad no por su causa- la corrupción- sino por sus



efectos que el corrupto considero al menos con dolo eventual y no o detuvo en su accionar. <sup>(10)</sup>

Otra tendencia es sostener que el delito de corrupción es imprescriptible. En tal sentido la Cámara de Casación Penal, Sala IV, con el voto del Dr. Hornos entendió que la imputación de la comisión de un grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento define la imprescriptibilidad de las conductas que deben juzgarse en este caso, de conformidad a lo dispuesto por la Constitución Nacional (art. 36, 3º y 5º párrafo). Asegura, además, que en el art. 36 es posible advertir tres tipos penales de carácter constitucional. Señala que es posible afirmar que del párrafo 5 del art. 36 surge que quien comete un grave delito doloso contra el Estado, que haya conllevado enriquecimiento, atenta contra el sistema democrático. <sup>(11)</sup>.

En síntesis, sostenemos que la corrupción en las personas jurídicas estatales es doblemente nociva, ya que al desarrollarse en el ámbito público no solo afecta directamente al vaciamiento de las arcas del Estado sino que además implica un desvío, innecesario, de fondos ya que el Estado deja de cumplir otros fines sociales que debe atender, que son parte de su propia esencia y se entroncan con la propia existencia del Estado.

Finalizada las razones relativas a la aplicación del Public Compliance en las personas jurídicas estatales, pasaremos revista a los fundamentos por los cuales creemos que el Public Compliance si debe aplicarse en las personas jurídicas no estatales.

El problema que podría suscitarse en las personas jurídicas públicas no estatales, es particularmente el

---

<sup>10</sup> ZUPPI, A., “La corrupción como delito de lesa humanidad”, Revista Jurídica La Ley 25/10/2016, La Ley 2016- F, 78.

<sup>11</sup> Cámara Federal Casación Penal (CFCP), Sala 4: “COSSIO Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación”

relativo al origen del patrimonio de las mismas. Como se reseñó precedentemente, el patrimonio total o parcialmente de estas es de origen privado, sin embargo su finalidad es pública; generalmente la de satisfacer una necesidad pública. Hay en estos entes un mix de componentes, es decir privados y públicos. En definitiva, la aplicación del Public Compliance en este tipo de entes podría generar algún planteo normativo, o algunas vicisitudes en función de su dualidad compositiva (privada – pública).

Por otro lado vemos que el carácter público del ente está dado por la ley de fondo, pero las normas que rigen el mismo no son de orden público, sino que fundamentalmente de carácter privado; lo cual genera un conflicto al momento de determinar con precisión a que normativa circunscribir un conflicto originado con las mismas. El tema se conflictúa un poco más, si existe en el ente una participación del Estado; dándose las sociedades de economías mixtas, o bien la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. Este supuesto se encuentra en las antípodas; los intereses privados y los públicos representados con la presencia del Estado en esas sociedades. Dentro de esta categoría Gordillo menciona a las Asociaciones Dirigidas (Obras Sociales); Entes Reguladores no estatales. <sup>(12)</sup>

En este contexto, debemos sostener que la aplicación del Public Compliance a este tipo de entes constituye un claro desafío. En las filas de esta categoría se pueden mencionar: Corporaciones Públicas; Fundaciones e Instituciones Públicas no estatales, en cuyas filas se encuentran los partidos políticos <sup>(13)</sup>. Del análisis de las

---

<sup>12</sup> GORDILLO, "ob. cit. pág. XIV 22".

<sup>13</sup> GORDILLO, "ob. cit., pág. XIV- 20".



mismas surge que por un lado tienen una función de carácter público, pero no tienen participación del Estado y que su patrimonio total o parcial es de manos privadas. Se colige que el matiz de público proviene netamente de la función que realizan; la discusión se agudiza más cuando se pretende sostener el Public Compliance en los partidos políticos justamente porque su función no es solo de carácter público sino que además reviste una función constitucional e institucional garantizada en la Constitución Nacional. Pero sobre este aspecto en particular lo trataremos en extenso en el acápite IV.

En nuestra opinión, consideramos que en las personas jurídicas públicas no estatales el Public Compliance, debe ser aplicado. La razón fundamental para sostener la aplicación es la función pública que estos entes realizan; ello independientemente del origen privado total o parcial del patrimonio. Debe primar la función por sobre el patrimonio.

Surge un razonamiento ineludible; que sucedería si a las personas jurídicas privadas, a las personas jurídicas públicas estatales se les aplica el Public Compliance, y a las personas jurídicas públicas no estatales no se les aplicara el Public Compliance. ¿No se convertirían este tipo de personas jurídicas pública en un subterfugio que permitiría la práctica de actos corruptos logrando la impunidad de sus involucrados?

Creemos que efectivamente la no aplicación del Public Compliance en este tipo de entes generaría el anidamiento de casos de corrupción, e incluso podría pensarse que en el momento de que estuvieron exonerados del Public Compliance se incrementarse la constitución de los mismos a escalas no usuales, en pos de evadir controles y responsabilidades. Es por ello que entendemos que estos entes deben ser sometidos a la aplicación del Public Compliance. Las tendencias actuales

en el derecho comparado este momento se encaminan a la aplicación del Compliance en todo tipo de personas jurídicas privadas y públicas, tal como acontece en el derecho español.

## **V.- PUBLIC COMPLIANCE EN LAS SOCIEDADES DEL ESTADO, EMPRESAS DEL ESTADO Y SA CON PARTICIPACION ESTATAL MAYORITARIA**

Optamos por referir un acápite independiente para este tipo de entes atento las funciones que realizan y la composición de su patrimonio. En una primigenia idea debemos sostener que estos tipos de entes se encuentran regulados en el derecho argentino en una norma específica para cada uno de ellos; las Sociedades del Estado están contempladas en la ley 20.705; las Empresas del Estado se consagran en la ley 13.653 y las últimas se regulan en la ley 19.550.

En relación a la conceptualización del Public Compliance remitimos a los fundamentos expuestos precedentemente que son de plena aplicación para este supuesto que acá contemplamos.

Las Sociedades del Estado constituyen otra modalidad pública empresarial. Se trata de entes estatales descentralizados que realizan actividades de tipo comercial o industrial organizados bajo un régimen jurídico privado predominante y que ratifican una realidad socio – económica típica de nuestro tiempo: la actuación del Estado como empresario, asumiendo un rol competitivo frente a la empresa privada. <sup>(14)</sup>

---

<sup>14</sup> DROMI, J. R., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Sociedades del Estado: Concepto, Clases y Caracteres*, [www.um.edu.ar > index.php > Idearium > article > view, 20/6/20](http://www.um.edu.ar/index.php/Idearium/article/view/20/6/20).



Por su parte la propia ley define a las Empresas del Estado como entidades que realizan actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza que el Estado y que por mediar razones de interés público, el Estado considere necesario desarrollar estas actividades a través de estos entes.

Las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, son aquellas sociedades por acciones las cuales posibilitan la participación del Estado junto a los particulares o privados en empresas que tienen un interés público.

Uno de las aristas más escabrosas es la aplicación del Public Compliance en este tipo de empresas en las cuales existe la conjunción de los regímenes privados y públicos. En tal sentido en las Sociedades del Estado, si bien el ente es puramente estatal por su actividad estado sometido a un régimen mercantil común, se trata de una modalidad moderna de descentralización. <sup>(15)</sup> Por su parte, las Empresas del Estado quedan sometidas al derecho privado en lo que se refiere a las actividades específicas, y al derecho público en lo que concierne a las relaciones con la administración o servicio público. Las SA con Participación Estatal Mayoritaria son sociedades privadas no revistiendo el carácter de sociedades públicas. Desde este amplio espectro es donde se plantean los interrogantes a la posibilidad de que el Public Compliance sea de aplicación a estos entes. Debemos remarcar que tanto las Empresas del Estado como las Sociedades del Estado operan como cualquier otro tipo de sociedad comercial solo que en este caso en particular es el Estado que en forma personalizada asume la actividad comercial; en ellas se conjuga la satisfacción de una necesidad humana básica que es

---

<sup>15</sup> DROMI, KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit.

compleja y costosa para que un particular o empresa privada realice la misma, o bien el Estado asume un rol competitivo en el mercado. De allí que es el Estado aparece afrontando el riesgo de la actividad económica. No obstante, es clara la implicancia del bien común en la prestación del servicio siendo que las utilidades obtenidas van a las arcas del erario público.

En este contexto debemos sostener que si la figura societaria asumida por el Estado, el riesgo afrontado y la operatividad comercial son similares a las de las sociedades privadas (personas jurídicas privadas) las cuales son sometidas al cumplimiento de programa de Compliance; no se encuentra razón valedera alguna para que este tipo de Sociedades o Empresas del Estado no sean sometidas a un programa de Public Compliance. No se observan diferencias cuantitativas ni cualitativas que permitan excluir a estas sociedades estatales de la implementación de un programa de Compliance.

Por otro lado, debemos sostener que estas Sociedades del Estado desarrollan actividades estratégicas, costosas, complejas y relativas a servicios o prestaciones esenciales para la sociedad (servicios de agua, luz). En virtud de ello producen movimientos económicos importantes, un giro comercial complicado y resultan ser actividades casi monopólicas, en las cuales la factibilidad de acontecer casos de corrupción es alta, el riesgo de corrupción es alto, con lo cual aparece como algo vital la concreción de la aplicación de programas de Public Compliance.

En otro orden de cosas, debemos señalar que en este tipo de sociedades el Public Compliance no debe confundirse o pretender ser englobado en otras áreas de las sociedades del Estado como pueden ser el área de riesgos, financiera o comercial de la empresa. Además



por tratarse de entes públicos el Public Compliance requiere que sea ejecutado por un Public Compliance Officer; que obtenga el puesto por oposición de antecedentes y concurso público, evitando el despreciado nepotismo y que propenda a lograr el cumplimiento normativo y de los principios éticos a los que la empresa se halla sometida.

La aplicación del Public Compliance generaría valores éticos en la esfera de las empresas públicas, la disminución del riesgo corruptivo, el fortalecimiento de los planes de acción gubernamental y la transparencia de la operatoria comercial de estas empresas. Por otro lado, existe una cultura ortodoxa que reniega a aplicar a las empresas públicas los programas de integridad tal cual se halla en las personas jurídicas privadas. Se pretende marcar una tajante diferencia, un campo restrictivamente separado en el cual las disposiciones del sector privado no pueden serle aplicadas; siendo esta una intención apartada totalmente de la realidad actual. No obstante pueden observarse dos cuestiones claramente expuestas. La primera de ellas tiene que ver con la ausencia de normas específicas en torno a la necesidad de aplicar el Compliance a las personas jurídicas públicas. Por otro lado, se observa que en el ámbito de la administración pública existen distintas aristas que resultan insuficientes para combatir la corrupción. En tal sentido existen regulaciones específicas en las bases de las licitaciones públicas, existen controles internos de la administración pública, supervisión y control de las áreas de los entes públicos, pero aun así resultan insuficientes para combatir la corrupción. Sin embargo no se evidencian normas éticas que garanticen la transparencia en la administración pública como el que podría proveer el Public Compliance. Asimismo la implementación del Public Compliance generará conciencia en la sociedad y a la postre causará confianza en los entes públicos. Se abrirá una nueva

perspectiva en el franco combate de la corrupción en el ámbito público. Los reclamos sociales actuales se encaminan en solicitar una transparencia en la gestión pública; un cambio de visión en la responsabilidad de los recursos que pertenecen al erario público. La sociedad "exige" una transparencia en el manejo de la "cosa pública".

Existe una concepción arraigada socialmente de considerar que todas las empresas del Estados son ineficientes, generan déficit y son altamente permeables a la corrupción de alto vuelo. Erradicar esta concepción puede efectivizarse a través del establecimiento y ejecución del Public Compliance que demuestre que es factible que empresas del Estado sean competitivas y generen ganancias genuinas.

## **VI.- SELECCIÓN Y FUNCIONES DEL PUBLIC COMPLIANCE OFFICER**

Un punto importante merece la selección del Public Compliance Officer atento al carácter público que el mismo revestirá. Creemos que se debería proveer un procedimiento público de oposición de antecedentes para el nombramiento de los Officer. Todo ello, atendiendo a la máxima transparencia de la gestión del ente público, tratando de lograr una eficiencia "superlativa" de la empresa pública y la eficaz utilización de los fondos del erario público. Propendiendo al bien común como finalidad última de la existencia del ente público. De allí que este procedimiento habilitaría, al menos en teoría, la transparencia en la selección. Por otra parte, debemos mencionar que la ley 26.683 modificó la ley 25.246 referente a la Unidad Información Financiera (UIF), estableciendo que cuando se trate de una persona



jurídica regularmente constituida, deberá designarse un oficial de cumplimiento. En tal sentido Gimenez Mesa entiende que este oficial de cumplimiento se trataría del Compliance Officer, postura que no coincidimos puesto que si bien la ley menciona la figura del oficial de cumplimiento allá en el 2011 al sancionarte esta ley; las personas jurídicas privadas, al igual que las públicas, no eran sujetos del derecho penal; de manera tal que pretender sostener que este oficial de cumplimiento tendría las mismas cualidades y funciones de las establecidas por la reciente ley 27.401 para el Compliance Officer resulta, a nuestro criterio, inadmisibles. Mucho menos que esto se podría aplicar a las personas jurídicas públicas y los partidos políticos. Aunque si bien hay que mencionar que la ley en el art. 20 inc. 18 establece que los partidos políticos son sujetos obligados, esta obligación es respecto de los bienes que reciban en condición de donación y aporte de terceros frente a la UIF; pero a nuestro criterio nada tiene que ver con el Public Compliance en personas jurídicas públicas, y menos con las funciones específicas que debe llevar a cabo el Compliance Officer. <sup>(16)</sup>

En principio creemos acertado que no deberían existir diferencias entre las funciones que les competen al Private Compliance Officer y al Public Compliance Officer. De allí que entendemos que las funciones imprescindibles del Public Compliance Officer son:

A) Examinar las conductas de los agentes públicos, fundamentalmente que las mismas se enmarquen dentro de los parámetros del plan de integridad y que las mismas sean éticamente correctas. B) Controlar que los canales de denuncia concertados funcionen de manera correcta, que sean eficientes en términos de generar la

---

<sup>16</sup> GIMENEZ MESA, G., "El criminal Compliance en los partidos políticos", Revista Jurídica El Derecho, ED 270, 23/12/2016.

investigación necesaria. C) Propender a realizar las gestiones necesarias para que el canal de denuncia no sea meramente un formalismo tendiente a dar cumplimiento al requisito del programa de integridad. D) Controlar que las denuncias no sean desechadas sin ser debidamente investigadas y comprobadas que no son objeto de investigación. E) Desechar toda denuncia que sea inverosímilmente infundada. F) Realizar el seguimiento de las denuncias impetradas y de las investigaciones en curso. E) Capacitar al personal del ente en el cumplimiento normativo y la ética.

## **VII.- PARTIDOS POLITICOS**

La temática de los partidos políticos, no es una cuestión sencilla de tratar. Los mismos presentan una estructura ríspida, que ha sido institucionalmente revalorizada y empoderada luego de un proceso histórico que los ha desgastado como instituciones del sistema democrático y republicano. La violenta interrupción de la vida constitucional por la fuerza agrietó y lesionó el sistema democrático del cual los partidos políticos son los artífices directos. De ahí que previo a abordar la aplicación del Public Compliance en los mismos analizaremos tres aristas importantes de ellos: 1) la conceptualización de los partidos políticos. Análisis del sistema español. 2) La difícil y cuestionable naturaleza jurídica de los partidos políticos en el derecho nacional. 3) Los partidos políticos como sujetos de derecho penal. 4) La aplicación del Public Compliance en los partidos políticos.

### **1.- Conceptualización. Análisis del sistema español**



En este punto trataremos las distintas acepciones que reciben los partidos políticos. De una simple lectura de los distintos instrumentos normativos, surge que los entes políticos son llamados con distintas acepciones, sin que ninguna de ellas determine con precisión cuál es la que debe prevalecer el nombre que debe adoptarse, o si una excluye a la otra; o si por el contrario no deberán excluirse y si deberían complementarse.

Los partidos políticos se encuentran regulados por dos plexos normativos; 1) Art. 38 de la Constitución Nacional (CN en adelante) que los contempla, establece la creación y el ejercicio de sus actividades dentro del marco democrático. 2) Las leyes: la Ley Orgánica de los Partidos Políticos y la ley de Financiamiento de los Partidos Políticos; leyes 23.298 y 27.504 respectivamente.

En primer lugar, hemos de referir al art. 38 CN el cual fue incorporado por la Reforma Constitucional de 1994. Este rotulo a los partidos políticos como "instituciones fundamentales del sistema democrático"; determinando en la letra del artículo aspectos tales como: la creación, actuación, la organización y el funcionamiento. Además establece que el Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Finalmente establece que los partidos políticos deberán dar publicidad del origen, destino de sus fondos y de su patrimonio. Advertimos que de la letra del artículo no emana ningún concepto o función específica con lo cual no puede más que tomarse como un enunciado constitucional.

Un poco de historia ayudará a comprender, quizás, la impronta de este artículo. Su génesis se encuentra en el Pacto de Olivos, entre los partidos políticos más representativos del momento (Peronismo y Radicalismo) y que luego fuere volcado en la ley 24.309, llamada "Ley de la Necesidad de la Reforma", que en un acápite que habilitó su tratamiento. En concreto bajo el título:

“Temas que son habilitados por el Congreso Nacional para su debate por la Convención Constituyente”, concretamente en el punto J), titulado: “la regulación constitucional de los partidos políticos, por la habilitación de artículos nuevos a incorporar en el capítulo segundo de la primera parte de la Constitución Nacional”, de esta forma los partidos políticos fueron incorporados en su actual redacción del art. 38 CN. Se puede asegurar que la incorporación constitucional de los partidos políticos en la jerarquía constitucional es de data reciente, más concretamente apenas 26 años.

¿Cuáles son los cuestionamientos relativos que surgen y que erosionan esta conceptualización de los partidos políticos?

En primer lugar, la categorización: “instituciones fundamentales” no es un concepto delimitatorio, ni funcional, menos aún una categoría jurídica; esta catalogación como tal es inexistente en el derecho. Por otro lado, debemos sostener que se trata de una categoría vacía, ya que no permite inferir, ni siquiera sospechar, cuales son las funciones que se desprenden de este concepto de “institución fundamental”. Ningún otro instituto del derecho recibe esta categoría. Haciendo una conceptualización hipotética podríamos decir que tal categoría podría otorgarse a muchos otros institutos que están en el sistema republicano y que también son instituciones fundamentales como por ejemplo la Universidad Pública, Sindicatos, todos ellos forman parte del sistema democrático desempeñando funciones primordiales aunque de diversa índole pero todas ellas encuentran refugio en el concepto de instrumento fundamental del sistema democrático tal como se consagra en la letra de la Carta Magna.



A pesar de que el propio artículo constitucional no determina "per se" cuáles son las funciones que le están permitidas y cuáles no, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos de "manera irregular", contempla las funciones de los mismos, tema que desarrollaremos a continuación.

Continuando con el análisis de este artículo constitucional, sostenemos que lo llamativo es que expresa que el Estado contribuye al sostenimiento de económico de las actividades de los partidos políticos y de la capacitación de sus dirigentes; con lo cual esto complica, aún más, cuando se quiere determinar si los partidos políticos son personas jurídicas públicas estatales o no estatales, y en su caso con o sin participación del Estado.

A modo de ejemplo, citamos a la legislación española, la cual asume una postura distante, silenciosa; en tal sentido establece: "Los partidos políticos expresan el pluralismo político concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política". (17)

Relativo al segundo plexo normativo hemos de observar que en ninguna de estas normas se consagra expresamente que los partidos políticos son personas jurídicas; pero además de ello, solo se refiere a los mismos como instrumentos (art. 2 ley 23.298). Sin embargo, lo paradójico es que a los mismos se le concede la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 4 ley 23.298), que son cualidades propias de las personas jurídicas. Entonces conviene preguntarse, ¿Por qué no son llamados personas jurídicas a secas? No obstante que no son llamados personas jurídicas a secas, debemos observar que la

---

<sup>17</sup> Art. 6 Constitución Española de 1978; entrada en vigor: 29/12/78.

propia ley otorga un tipo "especial" de persona jurídica a la cual titula: "jurídico – política" con la posibilidad de dos categorías: provisoria y definitiva (art. 7).

Se colige, entonces, que se trata de un tipo de persona jurídica que, en principio, sería distinta a las enunciadas de manera tradicional en nuestro ordenamiento pero que se le atribuye las mismas funciones que aquellas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre este tipo especial de persona jurídico-política. En el precedente: "Partido Nuevo Triunfo s/ Reconocimiento – Distrito Federal", la Corte confirmó un planteo denegatorio que había resuelto la Cámara Nacional Electoral al entender que el otorgamiento de la persona jurídica política al Partido Nuevo Triunfo (ex Partido Nacionalista de los Trabajadores) constituía una emulación del Partido Alemán Nacional Socialista de los Trabajadores. En este fallo es importante resaltar el voto independiente del Dr. Fayt, quien con total claridad sostiene que el pretendido derecho a la persona jurídica constituyen una práctica discriminatoria prohibida, pues se trata de evitar el uso abusivo de un derecho político fundamental para el sistema representativo democrático, que supera la frontera de la licitud constitucional. <sup>(18)</sup>

Concluimos que en nuestro derecho no hay una conceptualización unitaria de partido político dándose esta bipolaridad conceptual de institución- instrumentos, siendo esta última con cualidades de las personas jurídicas; todo ello genera disidencias.

---

<sup>18</sup> Corte Suprema Justicia Nación Argentina (CSJN): "Partido Nuevo Triunfo s/ Reconocimiento – Distrito Federal", 17/3/09, Fallos 332:433.



A pesar de esta dualidad de definiciones, en nuestra opinión existe una manera armoniosa de ser interpretados. En tal sentido, entendemos que el art. 38 CN es el marco jerárquico, constitucional y supremo; que delimita en ese marco a los partidos políticos; a la vez que les otorga la función republicana y democrática en el sistema normativo argentino. En tanto que las leyes 23.298 y 27.504 atribuyen un especial tipo de persona jurídico que titula: jurídico – político y conceden la función operativa a los partidos políticos relativa a la faz interna de ellos atendiendo al marco constitucional concedido por el art. 38 CN.

## 2. Naturaleza jurídica

La conceptualización desarrollada, nos permite aseverar que los partidos políticos son personas jurídicas. Ahora bien en este acápite determinaremos si se trata de una persona privada o público ya que son las dos categorías que se admiten formalmente en nuestro derecho.

En rigor de verdad sucede que justamente tratar de encasillar y conceptualizar a los partidos políticos en uno de los tipos de naturaleza jurídica es uno de las aristas más arduas del derecho actual. La cuestión no es sencilla, menos aun tomando en consideración las categorías jurídicas existentes en nuestro derecho, esto es: personas jurídicas privadas y públicas. Un simple vistazo por la doctrina y la normativa aplicables a los mismos nos ilustrará la situación.

Para citar la disparidad de opiniones, citaremos a Gordillo quien en su obra ubica a los partidos políticos como personas jurídicas públicas no estatales sin participación del Estado <sup>(19)</sup>. Entendemos que esta conceptualización de Gordillo confronta con el texto constitucional que dice

---

<sup>19</sup> GORDILLO, "ob cit., XIV 22".

que el Estado contribuirá al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. De manera tal que, si el Estado contribuirá al sostenimiento económico de sus actividades, mal puede decirse que los partidos políticos no tendrán una participación estatal por poco o mucho que sea y que la misma estará encaminada al sostenimiento del propio ente. Sabido que es la participación de Estado puede ser estatutaria y permanente; o bien accidental e informal. Sabemos fehacientemente que cada partido político recibe del Estado, luego de cada elección, un importe por cada voto que obtuvo en el sufragio. En otra postura, Rosatti sostiene que los partidos políticos son instituciones intermedias. <sup>(20)</sup>

Debemos rechazar que la persona jurídico político consagrada en la ley 23.298 sea una categoría jurídica independiente, o distinta de las tradicionales; ya que la propia norma no establece ninguna prerrogativa que las haga distinta de aquellas. En efecto, de una simple lectura de la letra de la norma surge que las cualidades otorgadas son similares. Es por ello que esta pretendida categoría no se difiere de las tradicionales personas jurídicas.

Desde nuestra postura, debemos pronunciarnos por la naturaleza jurídica de los partidos políticos, como un elemento ontológico que permitirá determinar la aplicación o no del Public Compliance. En nuestra modesta opinión entendemos que los partidos políticos son personas jurídicas públicas no estatales con participación del Estado.

### **3.- Sujetos del derecho penal**

---

<sup>20</sup> ROSATTI, "ob. cit., pág. 273".



Tal como se trató precedentemente, sea cualquiera de las teorías que se adopte; los partidos políticos no son una persona jurídica privada. Podrá decirse que son instituciones intermedias, públicas estatal sin participación del estado; etc, pero nunca podrá sostenerse que los partidos políticos son personas jurídicas privadas.

Partimos de una premisa fundamental por medio de la cual, en nuestro derecho, solo las personas físicas y las personas jurídicas privadas (ley 27.401) son sujetos del derecho penal. En resumen, los partidos políticos en su carácter de personas jurídicas públicas no son sujetos de derecho penal, el fundamento de sustrato jurídico reside en la ausencia de norma específica que así lo establezca. No obstante existen otras cuestiones conexas que se vinculan con esta no categorización de los partidos políticos como sujetos de derecho y que desarrollaremos en breve en este ensayo.

¿Qué implica que los partidos políticos sean considerados como sujetos del derecho penal? Esta situación implica que frente a la comisión de un ilícito penal en el cual medie la participación de un partido político sean un sujeto imputable; con lo cual en aquellos casos en los cuales se cometa un delito mediando un partido político únicamente deberán responder aquella/s persona/s que hubiesen estado al frente de la institución actuando en su nombre o representación; cobrando vital importancia la teoría del órgano. En concreto debemos vislumbrar que ante este supuesto de inimputabilidad del partido político concretamente su persona jurídica-política quedará incólume; con lo cual no podrá atribuírsele ninguna responsabilidad por el hecho penal cometido.

A contrario, si el partido político fuese un sujeto penalmente imputable permitiría aplicar sanciones directamente a la persona jurídica-político tales como por ejemplo: impedirle su actuación como partido electoral, la suspensión de la personería jurídica, o la

presentación como partido político en una elección; ahí estribaría, en esencia, la diferencia entre la posibilidad de ser responsable penalmente la persona jurídica o no. En esto estribaría la diferencia sustancial de los supuestos.

Se colige que en relación a los partidos políticos sigue vigente aquella alocución latina: "societas delinquere non potest" ya que como dijimos la única ley que sanciona personas jurídicas (ley 27.401) solo aplica a las personas jurídicas privadas y no las públicas.

Una de las preguntas que mayor repercusión tiene reside en la función constitucional que tienen los partidos políticos y que como se esbozó está directamente vinculada al sostenimiento del sistema democrático. En tal aspecto, cabe preguntarse: ¿Podría pensarse que si los partidos políticos pasan a ser considerados como sujetos penalmente responsables se obstaculizaría su misión fundamental en el sistema democrático?

A pesar de que las razones que esbozaremos, las cuales no son de corte netamente jurídico sino más bien de raigambre sociológico, nos inclinamos por la respuesta negativa. Creemos que a pesar de considerar a los partidos políticos como sujetos penalmente responsables el sistema democrático no se vería afectado.

La admisión de los partidos políticos como sujetos de derecho penal, solo se podrá dar en un futuro en el cual acontezca previamente una maduración o evolución social, que tenga entidad suficiente que permita distinguir al partido político como autor del mismo ilícito penal, por un lado, y que por otro lado se ubiquen las personas que dirijan, actúen o desarrollen actividades en el partido. En otras palabras, poder distinguir la persona jurídica pública (depositada en el ente partido político) de las personas físicas (presidente del partido, dirigente



del partido, cualquier persona que actúe en el partido). Solo así, podrá decirse que es a partir de aquella maduración o evolución social los partidos políticos podrán ser considerados como sujetos penalmente responsables.

A su vez, entendemos que esta posibilidad de diferenciar a las personas físicas de la personalidad del partido político brindará mayor transparencia al sistema y reafirmará la vigencia del sistema republicano y democrático.

En el campo de las personas jurídicas privadas sucedió esta diferenciación aludida. En tal sentido, originalmente y de forma mayoritaria en todos los ordenamientos, las personas jurídicas privadas no eran consideradas como sujetos de derecho penal. Durante mucho tiempo se sostuvo que las mismas no podían ser sujetos de derecho penal; en nuestro caso en particular la Corte Suprema llegó a pronunciarse por la negativa en el caso Fly Machine.<sup>(21)</sup> Luego y como resultado de un proceso de maduración social de raigambre global, como producto directo del aumento de la criminalidad organizada, se establecieron estándares internacionales en las cuales las personas jurídicas privadas eran un centro de imputación penal; independiente de la persona física que actuase en ellas. Esta diferenciación no implica un avasallamiento de los principios del sistema republicano ni democrático ni mucho menos implica poner en riesgo los principios del derecho penal liberal que se encuentran fuertemente arraigados en la doctrina y en la jurisprudencia. Al contrario, implica un perfeccionamiento del sistema en su conjunto,

---

<sup>21</sup> Corte Suprema Justicia Nación Argentina (CSJN): "Fly Machine SRL, 30/5/2006, SJA 7/5/2008. JA 2008-II-29. 35003528".

entendiendo que el derecho es un subsistema dentro de un sistema mayor que es la sociedad. <sup>(22)</sup>

En la medida en que se tomen acciones contra un partido político en función del líder del partido o de la persona que encabeza el mismo, el sistema democrático estará en peligro. En otras palabras, debemos distinguir claramente la figura del partido político como un sujeto de derecho, un centro de imputación de obligaciones y generador de derechos, capaz de ser sujeto imputable del derecho penal; pero ello debe hacerse independientemente, separadamente de la/s persona/s que integran el partido político. De no ser realizada esta distinción el sistema democrático estará en peligro.

El proceso histórico argentino demuestra a las claras sobrados ejemplos de lo que ha implicado afectar la vida de los partidos políticos. Un ejemplo fue la proscripción del peronismo; esto significó atentar contra el sistema democrático y constitucional de la Nación. Se intentó atentar o neutralizar a la figura de Perón pero no se advirtió que la proscripción del partido implicaba un atentado contra el sistema democrático en su conjunto. No se observó que en las filas del partido había electores (personas humanas) que se sentían representados por el partido político, y que pretendían el ejercicio de su derecho a voto a través de ese partido. Otro de los embates fue la suspensión de la actuación de los partidos políticos durante la dictadura 1976-1983. Los partidos fueron cercenados en sus actividades, al igual que la posibilidad de realizar todo tipo de elección política.

Resulta vital reafirmar a los partidos políticos como organizaciones permanentes para competir por la

---

<sup>22</sup>LUHMANN, N., *Sistemas Sociales, Lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos, Madrid, 1998.



captación y conservación del poder, con el carácter de instrumentos auxiliares de la organización estatal, cuya función es proporcionar el núcleo de las autoridades políticas del Estado y las fuerzas políticas no organizadas para la lucha electoral y que procuran captar el poder por medios no institucionalizados. (23)

Insistimos que el requisito fundamental para que los partidos políticos sean considerados como sujetos penalmente responsables es la maduración institucional y social de la ciudadanía; circunstancia que aún no ha adquirido; tan solo de la recuperación democrática han pasado apenas 36 años.

#### **4.- Public Compliance en los partidos políticos**

Luego de analizada la conceptualización de los partidos políticos, la naturaleza jurídica de los mismos y la posibilidad de que sean sujetos del derecho penal; podremos introducirnos en determinar si es factible o no, la aplicación de Public Compliance en los partidos políticos en Argentina.

Entendemos que, sin analizar la conceptualización ni la naturaleza jurídica, no habría sido posible abordar este tema; ello es así puesto que es preciso, con carácter previo, saber si el concepto de institución fundamental (art.38 CN) o el de instrumento (ley 23.298) y a la vez delimitar que tipo de naturaleza jurídica ostentan los partidos políticos son óbices para pretender aplicar el Public Compliance.

En nuestra opinión hemos concluidos, a partir de los puntos analizados, que los partidos políticos son personas jurídicas públicas no estatales con participación del Estado y respecto de la conceptualización hemos

---

<sup>23</sup>FAYT, C., *Ciencia Política y Ciencias de la Información*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, "pág. 78".

armonizado las terminologías en boga (institución fundamental – instrumento) de forma tal de evitar todo quiebre o fricción entre ellos ya que son dos normas en plena vigencia y con total operatividad.

No obstante estas precisiones metodológicas esbozadas, advertimos al lector de que la aplicación del Public Compliance en los partidos políticos, es un tema del cual existe escasa doctrina nacional y que además no hay regulación normativa alguna en nuestro derecho, aunque no dudamos que en un lapso de tiempo, no muy lejano, este paradigma será de aplicación en la legislación argentina. Sentadas todas estas indicaciones preliminares, comenzaremos el tratamiento del tema.

Si admitir la viabilidad del Compliance en las personas jurídicas públicas resultó complejo, mucho más resultará acoger el Compliance en los partidos políticos. Es por ello que en una primera aproximación al tema, relataremos la experiencia en la legislación española para proyectarlo como idea rectora de este trabajo y como un factible modelo de aplicación en nuestro derecho.

En España en los comienzos de sancionarse la responsabilidad penal de la persona jurídica, los partidos políticos fueron excluidos de la misma; en tal sentido la ley orgánica 5/2010 los exceptuaba de forma expresa, al igual que a los sindicatos. Sin embargo, luego, la ley orgánica 7/2012 modificó la ley orgánica 10/1995 del Código Penal en materia de Transparencia y Lucha contra el Fraude Fiscal en la Seguridad Social con lo cual los partidos políticos y Sindicatos se convirtieron en sujetos del derecho penal. Esto marcó una nueva pauta ya que estas agrupaciones pasaron a ser sujetos responsables de los delitos que hubieran cometido.

Al mismo tiempo el art. 9 bis de la Ley de Partidos Políticos, sancionada en 2002, (introducido por ley



orgánica 3/2015) prevé que los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión a los efectos previstos en el art. 31 bis del Código Penal. Por su parte este artículo prevé la responsabilidad de las personas jurídicas incluyendo expresamente a los partidos políticos. Las eximentes se encuentran reguladas en el art. 31 bis 2 apartado 2 y 4 del Código Penal que claramente refieren a la aplicación de un Programa de Compliance. De todo ello se colige que los partidos políticos son personas jurídicas penalmente responsables y deberán contar con un Compliance a los fines de evitar su responsabilidad penal.

En nuestro derecho sucede algo totalmente distinto. En primer lugar la única ley (27.401) que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, excluye a los partidos políticos. No sin razón alguna se trató la naturaleza jurídica de los partidos políticos, sino que se precisó la misma a los fines de delimitar la exclusión de los mismos como sujetos abarcados por la ley 27.401.

Una de las cuestiones que se objeta a la aplicación del Programa de Compliance a los partidos políticos es la función constitucional que los mismos ostentan, y si tal adaptación no afectaría el sistema democrático. En tal sentido, conviene preguntarse, ¿Es viable que los partidos políticos deban someterse a un Public Compliance sin afectar la finalidad democrática que tienen instituida?

Levitsky y Zibblatt, expresan con claridad que los partidos políticos deben encontrar un equilibrio entre dos funciones: una función democrática consistente en elegir candidatos que representan mejor a los votantes del partido, por un lado y lo que el politólogo James Ceaser denomina función de filtración consistente en descartar a quienes suponen un desafío para la democracia o son

inadecuados para ocupar la presidencia, por el otro lado.  
(<sup>24</sup>)

En este contexto, en nuestra modesta opinión entendemos que un programa de Public Compliance no afectaría la finalidad democrática de los partidos políticos, sino que por el contrario reforzaría el ideal democrático. Asimismo, de un vistazo a la legislación mencionada se puede observar que el Programa de Compliance opera como una causal eximente de responsabilidad penal; en efecto de la letra de la ley 27.401 al igual que del caso español se observa que si el persona jurídica privada y el partido político, respectivamente, cuentan con un programa de Compliance exoneran su responsabilidad.

El Public Compliance sería un programa de integridad encaminado al funcionamiento conductual y ético de todo partido político; por otro lado el instituto del Compliance tiene una finalidad disuasoria de conductas delictivas. Klitgaard entiende que la corrupción es un crimen de cálculo y no un crimen pasional; por lo tanto empieza con mejores sistemas. (<sup>25</sup>) Es precisamente el Compliance que funciona como un sistema que tiende a atacar el fenómeno de la corrupción en los partidos políticos. Es imposible pretender "cargar" todo el peso de la lucha contra la corrupción en los sistemas normativos, únicamente normativos; lograr una hiperinflación creadora de normas jurídicas y que solo ello sea el remedio al tema. Surge en este contexto el Compliance

---

<sup>24</sup> LEVITSKEY S.; ZIBLATT D., *Como mueren las democracias*, Editorial Ariel, Buenos Aires, 2018, "pág.54".

<sup>25</sup> KLITGAARD, R., *Controlando la corrupción. Una indagación practica para el gran problema para el fin de siglo*, Sudamericana, Buenos Aires, 1986, "pág. 10".



que al ser de interna al partido político, sería de gran eficacia en la lucha contra la corrupción y de esa forma se descomprimiría el sistema normativo. En otras palabras el propio ente de manera interna genera condiciones de erradicación y prevención del fenómeno de la corrupción.

Esta idea propia de sobrecarga de los sistemas normativos, se complementa con el pensamiento de la investigadora Gutierrez Perez, quien sostiene que existe una flexibilidad en lo que se refiere a los delitos de corrupción pública y que por ello se ha propiciado el vaciamiento de su concepto, pervirtiendo su significado y arrastrando hacia sus confines prácticamente todo delito relacionado con la figura de políticos. <sup>(26)</sup>

Por otra parte, debemos señalar que no es descabellado pensar que los partidos políticos sean sometidos a control con un programa de Compliance; de hecho se plasmó el blanqueo y la legalidad de toda la operatividad. A tal fin observamos que en nuestro derecho los partidos políticos están seriamente obligados a cumplir con ciertas normas contables. Al respecto vemos que el art. 37 ley 23.398 prevé que los partidos políticos deben llevar libros contables y conservar los documentos respaldatorios. En igual sentido se encamina la ley 27.504, ley financiamiento de los Partidos Políticos, que prevé en su art. 23 los estados contables y en el art. 26 prevé el procedimiento de control patrimonial. Se colige que los partidos políticos a pesar de ser instituciones fundamentales del sistema democrático están sometidos a controles y por ello nadie puede alegar que el sistema democrático se vería afectado.

---

<sup>26</sup> GUTIERREZ PEREZ, E., *Corrupción pública concepto y mediciones. Hacia el Public Compliance como herramienta de prevención de riegos penales*, Política Criminal, Vol. 13, (julio 2018) art. 3 "pág. 104-143".

Uno de los problemas que podrían derivarse de pretender aplicar el Compliance en los partidos políticos, podría ser la disimilitud que existe entre una sociedad corporativa (persona jurídica privada) y los partidos políticos a la hora de transferir responsabilidad al ente. En el caso de las personas jurídicas privadas, la acción u omisión de unos de los agentes de la sociedad permite la transferencia de manera inmediata a la persona jurídica; en tanto que en los partidos políticos el tema es un poco más complicado puesto que la organización interna concentrada en una asociación de múltiple personas que solo persiguen una ideología común, dificulta en el seno del partido definir los órganos de mando, la toma de decisiones y como se imputan estas a las personas físicas que las ejecutan, a lo que se suma la extensión territorial del partido que puede ser en todo un estado, y la carta fundacional del partido. A lo antedicho debe aunársele un concepto esbozado por Duverger: "horizontalidad"; al respecto señala este autor: "el carácter distintivo de los partidos políticos es la igualdad relativa de sus miembros, el hecho de que las solidaridades se desarrollan horizontal y no verticalmente". (27)

Asimismo el Compliance tiene una función única en su especie como es la de crear una cultura corporativa alineada con la legalidad y el cumplimiento normativo y regulatorio, constituyendo una propuesta democráticamente regeneradora. En otras palabras no encontramos obstáculos para la aplicación del instituto del Compliance.

---

<sup>27</sup> DUVERGER, M., *Los Partidos Políticos*, Fondo de Cultura, México, 1957, "pág. 181".



¿Cuál es la coyuntura social en la que se encuentran los partidos políticos?

En la actualidad los partidos políticos no se encuentran en su mejor momento ya que por un lado no cuentan con la representatividad que deberían contar; sumado al hecho de que los electores, generalmente, no se sienten representados por los candidatos a ser elegidos.

Nohlen entiende que los representantes son el medio de identificación del elector, la cual es muy importante para la creación y el mantenimiento de la legitimidad de las políticas públicas y el sistema democrático (28). El lazo que une al electorado con los partidos políticos se encuentra vapuleado, teñido por la desconfianza y el descrédito.

Por otro lado los partidos políticos se ven alcanzados, no siempre y en todos los casos, por maniobras poco claras que generan desconfianza en el seno social. La frase acuñada popularmente "que se vayan todos", en boga durante la crisis del año 2001, fue una prueba cabal de ello.

Quizás un sometimiento voluntario por parte de los partidos políticos a un programa de Compliance los haría recuperar la credibilidad de la ciudadanía y parte del electorado perdido reafirmando así el rol de los partidos en el sistema democrático como expresión del pluralismo político. En el otro margen del análisis, debemos remarcar la importancia institucional de los partidos políticos en el sistema democrático y republicano de gobierno ya que son pilares sustentadores del sistema democrático. La democracia sin ellos sería inconcebible.

### **VIII.- CONCLUSION**

---

<sup>28</sup> NOHLEN D., *Instituciones Políticas en su contexto. Las virtudes del método comparativo*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa, Fe, 2007, "pág. 179".

En el presente trabajo hemos recorrido un amplio trayecto, formalizando una comparación de fondo con el derecho español. En el mismo hemos analizado todas las aristas vinculadas a las personas jurídicas pública, empresas públicas y los partidos políticos pretendiendo la aplicación del Public Complice, tal cual el modelo español. A la vez que, hemos estudiado las distintas clases de personas jurídicas públicas y si sería factible en ellas la aplicación del Public Compliance. Finalmente hemos referido a los partidos políticos desmembrando los componentes inherentes a los mismos, a los fines de estudiar la aplicación del Compliance en ellos.

De allí que en el presente epílogo solo esbozaremos una solución de aplicación de Lege Ferenda que permita en un futuro cercano viabilizar la aplicación del Public Compliance en las personas jurídicas públicas y en los partidos políticos, tal como lo hace la legislación española. Creemos firmemente que el derecho comparado, en este caso el derecho español, será un excelente marco referencial para la aplicación del Public Compliance.

No queremos finalizar, sin antes mencionar, que a nuestro criterio entendemos que la aplicación del Public Compliance en las personas jurídicas públicas implicará un avance normativo y significará una herramienta eficaz en la lucha contra la corrupción. A la vez que dará más transparencia en la administración pública y operará como un instrumento apto para la disuasión de la comisión de delitos. Paralelamente esto generará un aumento de la confianza social en las instituciones públicas.

En relación a los partidos políticos la cuestión trascendente se vinculó a si la aplicación del Public Compliance en estos entes obstaculizaría la función



constitucional de los mismos. Luego del análisis de los distintos aspectos vinculados a los mismos, concluimos que el Compliance en los partidos políticos no afectará el sistema democrático y constitucional. Por el contrario el Programa de Compliance fomentará la transparencia en las gestiones que realicen los partidos políticos, a la vez que les permitirá imponer responsabilidades en la estructura horizontal que estos entes presentan, distinguiendo a las personas humanas de la persona jurídica-política del partido. Definitivamente el Public Compliance coadyuvará al fortalecimiento y empoderamiento de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema constitucional. Por otro lado, la jerarquización de los partidos políticos como institutos del sistema democrático facilitará que estos entes recuperen la representatividad del electorado que han perdido.

Como propuesta de Lege Ferenda, consideramos que se deberá instrumentar una normativa independiente para las personas jurídicas públicas, atento a la especial naturaleza de las mismas, por medio de la cual estos entes asuman un Programa de Public Compliance que deberá contener los supuestos relativos a: la transparencia y eticidad, los canales de denuncia el seguimiento de las mismas, la denuncia anónima, la protección efectiva de los denunciantes (en el supuesto de personal propio del ente). Por otro lado, las personas jurídicas públicas deberán contar con un Public Officer, el cual deberá ser seleccionado por concurso público de antecedentes y prueba de oposición; a quien se le deberán asignar las funciones que mencionamos en el punto VI. En relación a los partidos políticos deberán ser consagrados como sujetos del derecho penal y luego someterlos, por ley específica, a la conformación y adopción de un Programa de Public Compliance, el cual también deberá tener como especial foco de atención la transparencia y eticidad de las contrataciones que los

partidos realicen. A su vez que deberán proceder a nombrar un Public Compliance Officer dentro de la esfera de acción del partido político, atendiendo las funciones mencionadas precedentemente.



**Castilla-La Mancha**

Gabilex  
Nº 26  
Junio 2021

<http://gabilex.castillalamancha.es>

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**BASES PARA LA PUBLICACIÓN**

## **BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA**

### **I. LENGUA DE LOS TRABAJOS**

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

### **II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES**

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social



de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

### **III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES**

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

### **IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS**



Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

## V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

## **VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS**

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: [revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

**Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.**



## VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

## VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana<sup>29</sup>. El cuerpo del texto principal

---

<sup>29</sup> Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con

se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

**Márgenes del documento:**

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

**IX. CITA DE REFERENCIAS  
BIBLIOGRÁFICAS**

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos

---

discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

**Identificación del autor o autores:** apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en

cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.

- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

**Las posteriores citas de la misma obra** serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

**Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita:** se hará constar tras la abreviatura “pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura “págs.” se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

**Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos:** se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

**Cita de trabajos localizables en páginas web:** Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la



información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

## **X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN**

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

## **XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX**

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

**Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo**

**TÍTULO**

**TITLE**

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor<sup>1</sup> (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

**Resumen:**(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

**Palabras clave:** (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

**Abstract:** (Abstract)

**Key words:** (Five to ten key words)

**Sumario:** I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-  
A) *Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe*

## **I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE**

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

### **1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE**

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

#### **A) Tercer nivel de epígrafe**

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

##### *a) Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

